

**Die Frage der verfassungsrechtlichen
Zulässigkeit des Schulgebets an öffentlichen Volksschulen
des Freistaates Bayern**

Heribert Pongratz

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554023_0111

DIE FRAGE DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN ZULÄSSIGKEIT DES
SCHULGEBETS AN ÖFFENTLICHEN VOLKSSCHULEN DES FREISTAATES
BAYERN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktowürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Heribert P o n g r a t z

1967

Referent: Priv. Doz. Dr. Heinrich SCHOLLER
Korreferent: Professor Dr. Theodor MAUNZ

Tag der mündlichen Prüfung: 21. 12. 1967



I. DIE KOMPETENZ DES STAATES ZUR VERANSTALTUNG VON SCHULGEBETEN	3
1. Staatliches Schulgebet und die Grundsätze der freiheit- lichen Demokratie.	3
a) Auslegung und Entstehungsgeschichte des Art. 131 II BV.	3
b) Grenzen des Staates zur Bestimmung der Erziehungsziele nach Geiger.	6
c) Hält sich Art. 131 II BV innerhalb der Grenzen, die die freiheitliche Demokratie zieht ?	7
2. Das Gemeinwohl in Verbindung mit der Glaubensfreiheit als staatliche Kompetenzschränke in Religionsfragen.	12
a) Der Rechtsgehalt des Art. 3 Satz 2 BV "Er dient dem Ge- meinwohl".	12
b) Die Festlegung des Staates auf das Gemeinwohl beinhal- tet eine generelle Kompetenzbeschränkung.	13
c) Ist das Bekenntnis des Staates zum Glauben an Gott und die Förderung dieses Glaubens durch den Staat eine vom Gemeinwohl gebotene Aufgabe ?	14
ca) Die Förderung des Glaubens als Aufgabe des Staates im christlichen Mittelalter.	14
cb) Die Förderung der Religiosität als Aufgabe des abso- lutistischen Staates.	16
cc) Die Einflußnahme des Staates auf Glauben und Reli- giosität im 19. Jahrhundert.	18
cd) Der Bereich des Religiösen als Aufgabe des Staates in der neueren Staatslehre.	21
d) Das Gemeinwohl als organisierende Funktion der menschlichen Gesellschaftlichkeit und der Bereich des Religiösen.	24
e) Der Einfluß des Menschenbildes auf die Bestimmung der vom Gemeinwohl umfaßten Aufgaben.	26
f) Das Menschenbild des Grundgesetzes und der Bayeri- schen Verfassung.	26
g) Die Sphäre des Privaten und des Gemeinschaftlichen.	27
h) Abgrenzung dieser Sphären des Privaten und Gemein- schaftlichen im modernen Staat.	27
i) Die Funktion der Freiheitsrechte in bezug auf die vom Gemeinwohl umschriebenen Aufgaben.	28

3. Art. 107 BV, Art. 4 GG als negative staatliche Kompetenzbestimmungen.	30
a) Die Glaubensfreiheit und das religiöse Bekenntnis des Staates	30
aa) im Mittelalter,	30
ab) im Augsburger Religionsfrieden,	32
ac) im Westfälischen Frieden.	33
ad) Staatsreligion und Glaubensfreiheit im Zeitalter des Absolutismus und der Aufklärung in Preußen.	35
ae) Die Regelung der Wiener Bundesakte.	37
af) Die "individuelle Bekenntnisfreiheit".	37
ag) Die Bekenntnisfreiheit in der preußischen Verfassung von 1850.	38
ah) Das Bekenntnis der preußischen Verfassung zum christlichen Staat.	38
ai) Die individuelle Bekenntnisfreiheit in Bayern.	39
b) Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit in der WRV.	40
c) Die Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Bayerischen Verfassung von 1946.	41
d) Die Regelung im Bonner Grundgesetz.	42
e) Die Spiritualisierung der Glaubensfreiheit und die Sicht der Grundrechte als Abwehrrechte des Individuums gegen staatlichen Zwang prägen das Verständnis der Glaubensfreiheit.	42
f) Die Abwehrfunktion der Glaubensfreiheit ist nicht geeignet, Aussagen über die religiöse Haltung des Staates zu treffen.	45
g) Die Funktion der Glaubensfreiheit bei Hesse.	46
h) Auswirkungen der unterschiedlichen Interpretation des Art. 4 GG auf Art. 131 II BV.	47
i) Die Kompetenzabgrenzungsfunktion der Glaubensfreiheit als Folge des veränderten Staatsverständnisses.	48
j) Einfluß des geänderten Menschenbildes auf die Zielrichtung der Grundrechte.	51
k) Die Glaubensfreiheit schränkt nicht nur die Omnipotenz, sondern auch die Omnikompetenz des Staates ein.	52
l) Folgerungen für Art. 131 II BV.	54

4. Das Schulgebet und das Staatskirchenverhältnis.	57
a) Die kirchenpolitische Regelung im Grundgesetz.	57
b) Die Auslegung des Art. 137 III WRV und das veränderte Verständnis von Staat und Kirche.	61
c) Der Beschluß des BVerfG vom 17. 2. 1965 und seine Bedeutung für das staatliche Souveränitätsverständnis.	66
d) Das gewandelte Souveränitätsverständnis des Staates und die religiöse Erziehung der Jugend an den staatlichen Schulen.	69
5. Die Kompetenz des Staates zur Veranstaltung von Schulgebeten als Annexkompetenz zum Religionsunterricht.	72
a) Der Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen - eine Staatsaufgabe ?	75
b) Rechtstheoretisch läßt sich der Religionsunterricht auch als kirchliche Aufgabe an den staatlichen Schulen aus dem Grundgesetz begründen.	77
c) Die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung des Religionsunterrichts an den öffentlichen Schulen beweist, daß die religiöse Erziehung kraft staatlichen Auftrags zwar schulische, nicht aber staatliche Aufgabe geworden ist.	79
d) Der Annahme einer kirchlichen Aufgabe steht Art. 136 II BV nicht entgegen.	83
e) Doppelstellung des Lehrers.	85
f) Das Wesen der staatlichen Bekenntnisschule.	87
g) Durch die Bereitstellung der Bekenntnisschule identifiziert sich der Staat nicht mit dem Bekenntnis.	87
II. DAS SCHULGEBET ALS PRIVATE VERANSTALTUNG IN DER SCHULE.	89
1. Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung und das besondere Gewaltverhältnis der Schule.	89
2. Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung und das Recht zum Schweigen.	93

	Seite
a) Die Schulgebetsentscheidung des HessStGH	93
b) Stellungnahmen zur Schulgebetsentscheidung in der Literatur.	96
c) Die innere Widersprüchlichkeit der Schulgebetsentscheidung.	104
d) Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung und das Recht zum Schweigen.	107
e) Das Recht zum Schweigen wird durch die Religionsausübung nicht eingeschränkt.	109
f) Können die betwilligen Kinder staatlicherseits auf ein stilles Gebet verwiesen werden ?	110
3. Durchführung des privaten Schulgebets	111
a) in der Bekenntnisschule mit bekenntnishomogener Schülerschaft,	111
b) in der Bekenntnisschule mit bekenntnisheterogener Schülerschaft,	112
c) in der Gemeinschaftsschule.	117
III. ZUSAMMENFASSUNG	119

LITERATURVERZEICHNIS

- ANSCHÜTZ, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919, 14. Auflage, Berlin 1933.
- ANSCHÜTZ, G. und THOMA, R.: Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Das öffentliche Recht der Gegenwart, 2 Bände, Tübingen 1930/32.
- ARNDT, Adolf: Das rechtliche Gehör, NJW 59, 6 ff.
- ARNDT, Adolf: Aufgaben und Grenzen der Staatsgewalt im Bereich der Schulbildung, in: Schule und Staat 1959 (= Studien und Berichte der Kath. Akademie in Bayern, Heft 9).
- ARNDT, Adolf: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1901.
- ARNDT, in: Erfülltes und unerfülltes Grundgesetz, Loccumer Protokolle 1966, Nr. 5.
- BACHOF, Otto: Verfassungswidrige Verfassungsnormen ? Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (1951), Nr. 163/164.
- BAYER, Hermann-Wilfried: Das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche als Problem der neueren Rechtsprechung des United States Supreme Court, ZauslöffR u. VR 24 (1964), S. 201 ff.
- BÄUMLIN, Richard: Artikel "Demokratie" in: Ev. Staatslexikon (1966).
- BÄUMLIN, Richard: Artikel "Rechtsstaat" in: Ev. Staatslexikon (1966).
- BERTERMANN, Udo: Zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, MDR 66, 881 ff.
- BLUNTSCHLI: Allgemeine Staatslehre, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1885, Aalen 1965.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: Religionsfreiheit und öffentliches Schulgesetz, DÖV 66, 30 ff.
- BOSSE, Renate: Das Gebet in der Schule, Arbeiten zur Pädagogik/6, Stuttgart 1966.
- von CAMPENHAUSEN, in: Erfülltes und unerfülltes Grundgesetz, Loccumer Protokolle 1966, Nr. 5.

VIII

- DABIN, Jean: Der Staat oder Untersuchungen über das Politische, Politica Bd. 6, Neuwied, Berlin 1964.
- DALLINGER/FEUCHTE: Christliche Schule im neutralen Staat, DÖV 67, 361 ff.
- DÜRIG, Günther: Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, Festschrift für Apelt, 1958.
- EBELING: Artikel "Luther II", in: "Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, 3. Auflage, Tübingen 1960.
- EBERS: Staat und Kirche im neuen Deutschland, München 1930.
- FECHNER, Erich: Die soziologische Grenze der Grundrechte, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 1954, Nr. 177.
- FETSCHER, Iring: Die Freiheit im Lichte des Marxismus -Leninismus, 4. Auflage, 1963.
- FEUCHTE/DALLINGER: Christliche Schule im neutralen Staat, DÖV 67, 361 ff.
- FISCHER, Erwin: Trennung von Staat und Kirche, München 1964.
- FORSTHOFF, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12, 18 ff.
- FORSTHOFF, Ernst: Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967.
- GALLWAS, Hans-Ullrich: Schulgewalt und Schulgebet, BayVBl 66, 122 ff.
- GEIGER, Wilhelm: Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Schule, in: Staat und Schule (Heft 9 der Studien und Berichte der Kath. Akademie in Bayern) 1959.
- GEIGER, Wilhelm: Artikel "Glaubens- und Bekenntnisfreiheit" in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 6. Auflage 1959.
- GIESE/SCHUNCK: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 7. Auflage, Frankfurt/Main 1965.
- GROTEFEND, G.A.: Das Deutsche Staatsrecht der Gegenwart, Berlin 1869.

- GRUNDMANN, Siegfried: Landschulreform und Bekenntnisschule, BayVB1 66, 37 ff.
- GRUNDMANN, Siegfried: Das Bundesverfassungsgericht und das Staatskirchenrecht, JZ 66, 81 ff.
- GRUNDMANN, Siegfried: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Kirchensteuersachen und das Staatskirchenrecht, JZ 67, 193 ff.
- GUNDLACH, Gustav SJ: Artikel "Gemeinwohl" in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 6. Auflage 1959.
- HAMANN, A.: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Auflage, Neuwied 1960.
- HAMEL, Walter: Die Bekenntnisfreiheit in der Schule, NJW 66, 18 ff.
- HAMEL, Walter: Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner IV 1, 1960, 37 ff.
- HAMMELSBECK, Oskar: Artikel "Religionsunterricht" in: Ev. Staatslexikon, 1966.
- HARTUNG, Fritz: Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 7. Auflage, Stuttgart 1959.
- HATSCHEK, Julius: Deutsches und Preußisches Staatsrecht Bd. 1, 2. Auflage, Berlin 1930.
- HECKEL, Hans: Grundgesetz und Schule, DÖV 50, 1 ff.
- HECKEL, Johannes: Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, Verw.Arch. 37 (1932), 280 ff.
- HECKEL, Martin: Artikel "Reformation II" in: Ev. Staatslexikon, 1966.
- HENKEL, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin 1964.
- HERZOG, Roman: Der Mensch des technischen Zeitalters als Problem der Staatslehre, in: Ev. Staatslexikon, S. XXIII ff.
- HESSE, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967.

- HESSE, Konrad: Freie Kirche im Demokratischen Gemeinwesen, ZevKR 11, 1964/65, S. 337 ff.
- HESSE, Konrad: Artikel "Kirche und Staat" in: Ev. Staatslexikon, 1966.
- von HEYL Cornelius-Adalbert: Artikel "Gemeinwohl" in: Ev. Staatslexikon, 1966.
- HOFER, Walther: Der Nationalsozialismus, Dokumente 1933 - 1945, Fischer-Bücherei, Bd. 172.
- HOFMANN, Rudolf: Artikel "Toleranz" in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft Bd. 7, Freiburg 1962.
- HOFMANN, Werner: Christliche Gemeinschaftsschule in verfassungsrechtlicher Sicht, DVBl 67, 439 ff.
- KLÜBER, Franz: Artikel "Staat Teil II, katholisch" in: Ev. Staatslexikon, 1966.
- KLÜBER, Franz: Naturrecht als Ordnungsnorm der Gesellschaft, Köln 1966.
- KLÜBER, J. L.: Öffentliches Recht des Deutschen Staates und der Bundesstaaten, 4. Auflage, Frankfurt 1840, S. 763.
- KÖTTGEN, A.: Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassungen der Nachkriegszeit, DVBl 52, 485 ff.
- KRÜGER, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart 1966.
- KRÜGER, Herbert, in: Giese - v. d. Heydte, Der Konkordatsprozeß, Bd. III, 1958.
- KÜHN, Herbert: Persönlichkeit und Gemeinschaft, Reihe: Erfahrung und Denken, Bd. 3, Berlin 1959.
- LEISNER, Walter: Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl 60, 617 ff.
- LERCHE, Peter: Grundrechte der Soldaten, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV 1, 1960, 447 ff.
- LINK, Christoph: Verfassungsrechtliche Fragen zur Aufhebung der "Staatskirche", BayVBl 66, 297 ff.
- von MANGOLDT-KLEIN: Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Auflage, Berlin 1957.
- MARCIC, René: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957.

- MARCIC, René: Mensch-Recht-Kosmos, Wien, Köln, Stuttgart-Zürich 1965.
- MARRÉ, Heiner: Zur Koordination von Staat und Kirche, DVBl 67, 443 ff.
- MARTI, Hans: Glaubens- und Kultusfreiheit, Bern 1951.
- MAUNZ, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 15. Auflage, München und Berlin 1966.
- MAUNZ, Theodor: Staat und Schule im Verfassungsrecht, Festschrift für Johannes Heckel für Kirche und Recht, 1959, 1 ff.
- MAUNZ, Theodor: Starke und schwache Normen in der Verfassung, Festschrift für Laforet, 1952.
- MAUNZ-DÜRIG: Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin.
- MAYER, Franz: Bayerische Verfassung, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Auflage, München 1964.
- MESSNER, Johannes: Das Naturrecht, 5. Auflage 1966, Innsbruck, Wien, München.
- MIKAT, Paul: Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, IV 1, 1960.
- MORGOTT, Marialuise: Das Gebet in den Volksschulen Bayerns, phil. Dissertation, München 1961.
- MÜLLER, Jörg Paul: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeits-schutz des Privatrechts. Abhandlungen zum Schweizer Recht, nF, Heft 360.
- NAWIASKY, Hans: Allgemeine Staatslehre, 2. Teil, Staatsgesellschaftslehre, Bd. 1, Zürich 1952.
- NAWIASKY-LECHNER: Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946. Ergänzungsband zu dem Handkommentar, München 1953.
- NAWIASKY-LEUSSER: Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946, Systematischer Überblick und Handkommentar, München 1948.
- NAWIASKY-LEUSSER-SCHWEIGER-ZACHER: Die Verfassung des Freistaates Bayern, Systematischer Überblick und Handkommentar, München 1964.

- OBERMAYER, Klaus: Staatskirchenrecht im Wandel, DÖV 67, 12 ff.
- PACKARD, Vance: Die wehrlose Gesellschaft, Econ-Verlag 1964.
- PETERS, Hans: Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL 11, 1954.
- PETERS, Hans: Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV, 1. Halbband, 369 ff.
- PILOTY-von SUTNER: Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern, 2. Auflage, München 1907.
- PIRSON, Dietrich: Erfülltes und unerfülltes Grundgesetz, Loccumer Protokolle, 1966, Nr. 5.
- PÖGGELER, Franz: Schule und Staat im Licht der christlichen Lehre vom Menschen, von der Erziehung und vom Staate, in: Schule und Staat, 1959 (= Studien und Berichte der Kath. Akademie in Bayern, Heft 9).
- POTTMEYER, in: Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Bd. 3, Berlin 1964, S. 105.
- RAAB, Heribert: Kirche und Staat von der Mitte des 15. Jahrhunderts bis zur Gegenwart, 1966.
- RAMM, Thilo: Die Freiheit der Willensbildung, in: Arbeits- und sozialrechtliche Studien, Heft 1.
- ROEMER, Walter: Die neue Wehrverfassung, JZ 56, 193 ff.
- von RÖNNE, Ludwig: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Auflage, Bd. 1, Leipzig 1876.
- RUST, Hendrik: Gemeinschaftsschule in Bayern - christlich oder weltanschaulich neutral? BayVB1 67, 44 ff.
- ROTHENBÜCHER, Karl: Die Trennung von Staat und Kirche, Minden 1908.
- SCHEUNER, Ulrich: Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, 1953, S. 111 ff.

- SCHEUNER, Ulrich: Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, DÖV 66, 145 ff.
- SCHMOECKEL, Reinhard: Der Religionsunterricht, in: Schule in Staat und Gesellschaft, Berlin 1964.
- SCHNEIDER, Hans: Zwischenbilanz im Gleichberechtigungsstreit, JZ 53, 590 ff.
- SCHOLLER, Heinrich J.: Die Freiheit des Gewissens, Berlin 1958.
- SCHULZE, Hermann: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Leipzig 1881.
- SCHULZE, Günther: Blick in die Zeit, MDR 66, 472 ff.
- SCHUHMACHER, in: Giese-v.d.Heydte, Der Konkordatsprozeß, Bd. III, 1958.
- SCHWEITZER: Artikel "Staat III", in: Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Bd. VI, Tübingen 1962.
- SEIPP-KESSLER: Schulrecht, Ergänzbare Sammlung der Vorschriften für Schule und Schulverwaltung in Bayern.
- SIMON, Helmut: Konfessionalisierung des Rechts ? Göttingen 1962.
- SMEND, Rudolf: Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 418 ff.
- TALMON, J.L.: Die Ursprünge der totalitären Demokratie, Köln und Opladen 1961.
- THIELECKE, Helmut: Theologische Ethik, Bd. II, 2. Teil, Tübingen 1958.
- TROELTSCH, Ernst: Aufsätze zur Geistesgeschichte und Religionssoziologie, Tübingen 1925.
- ULE, Carl Hermann: Artikel "Besonderes Gewaltverhältnis", in: Evangelisches Staatslexikon, 1966.
- UTZ, Arthur-Fridolin: Sozialethik, I. Teil, Sammlung Politica, Bd. X, Heidelberg 1958.
- WEBER, W.: Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL 11, (1954), 157 ff.
- WEBER, Hermann: Grundprobleme des Staatskirchenrechts, JuS 67, 433 ff.

von ZEZSCHWITZ, Friedrich: Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet,
JZ 66, 337 ff.

ZIPPELIUS, Reinhold: Demokratie und Meinungslenkung, JuS 65, 379 ff.

ZOEPFL, Heinrich: Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staats-
rechts, Bd. II, Leipzig und Heidelberg 1856.

ABKÜRZUNGEN

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
BayVBl	Zeitschrift "Bayerische Verwaltungsblätter"
BayVerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BV	Bayerische Verfassung vom 2. 12. 1946
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Zeitschrift "Die Öffentliche Verwaltung"
DVBl	Zeitschrift "Deutsches Verwaltungsblatt"
Erl.	Erläuterung
Ev. Staatslexikon	Evangelisches Staatslexikon
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HCHE	Entwurf des sog. Verfassungskonvents, der vom 10. - 23. 8. 1948 in Herrenchiemsee tagte.
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HV	Verfassung des Landes Hessen vom 1. 12. 1946
hrsg.	herausgegeben
i. V.	in Verbindung
I. P. O.	Instrumentum pacis Osnabrugense
JZ	Juristenzeitung
JBdöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Zeitschrift "Juristische Schulung"
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
nF, NF	neue Folge
NJW	Zeitschrift "Neue Juristische Wochenschrift"

pr.	preußisch
pr. ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
RDHS	Reichsdeputationshauptschluß
Rdnr.	Randnummer
US	United States
VE	Vorentwurf
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VU	Verfassungs-Urkunde
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919
ZauslöffR u. VR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

Die vorliegende Arbeit stellt sich die Aufgabe, die verfassungsrechtlichen Probleme des Schulgebets in den öffentlichen Volksschulen, unter besonderer Berücksichtigung der Gegebenheiten in Bayern, zu untersuchen.

Hierbei wird eine Unterscheidung zwischen "staatlichen Schulgebetsveranstaltungen" und Schulgebeten als privater Religionsausübung getroffen.

Von "staatlichen Schulgebeten" kann gesprochen werden, wenn das Schulgebet zwar auch als Ausübung der Religionsfreiheit der Schüler erscheint, ¹ zugleich aber Ausübung staatlicher Gewalt ist; der Staat also, wie Gallwas erklärt, insoweit nicht nur als Schiedsrichter auftritt, sondern selbst auf einer Seite mitspielt. Ob die Veranstaltung des Gebets Ausübung staatlicher Gewalt ist, bemißt sich danach, in wessen Verantwortung die religiöse Übung stattfindet. Ordnet der Staat in seinen Schulen Gebete an, so handelt es sich um "staatliche Schulgebete", da dann die Veranstaltung der Schulgebete dem Staat zuzurechnen ist. Liegt keine ausdrückliche Anordnung des Staates vor, so kann von einem staatlichen Schulgebet nur die Rede sein, wenn sich aus dem engen örtlichen, zeitlichen, sachlichen und persönlichen Zusammenhang ergibt, daß der Staat sich die Veranstaltung des Gebets in der Schule als eigene Angelegenheit zurechnen lassen will.

Enthält sich dagegen der Staat jeglicher Einflußnahme auf die Abhaltung und inhaltliche Ausgestaltung der Gebete in den öffentlichen Schulen, so ist das Schulgebet mangels eines hinreichenden Zurechnungstatbestandes keine hoheitliche oder schlicht hoheitliche Veranstaltung des Staates, sondern private Religionsausübung innerhalb des staatlich-anstaltlichen Schulbereichs.

Bei den "staatlichen Schulgebeten" steht vor allem die Frage im Vordergrund, ob der Staat überhaupt zur Veranstaltung von Schulgebeten zuständig ist und aus welchen Verfassungsbestimmungen sich diese Kompetenz herleiten läßt. Erst dann ist zu prüfen, ob und inwieweit der Staat bei der Veranstaltung von Schulgebeten Zwang ausüben darf.

Verbieten das Grundgesetz und die Bayerische Verfassung dagegen eine Betätigung des Staates auf dem religiösen Sektor, so entfällt damit die Notwendigkeit, die Frage zu prüfen, ob der Staat bei der religiösen Betätigung Zwang ausüben darf, denn, steht fest, daß sich der Staat überhaupt nicht

1) Hans-Ullrich Gallwas, Schulgewalt und Schulgebet, BayVB1 66, 129.

religiös betätigen darf, so kann nicht mehr untersucht werden, in welcher Art und Weise sich die staatliche Betätigung zu vollziehen habe.

Die Untersuchung über die privaten Schulgebete befaßt sich vor allem mit zwei Fragekreisen: Zum einen, ob ein Recht der Schüler auf ein gemeinsames Gebet in dem besonderen Gesamtverhältnis der Schule besteht; zum anderen, wie die Interessen der betwilligen Schüler gegen die Interessen der Schüler, die nicht am Gebet teilzunehmen wünschen, abzugrenzen sind. Berücksichtigt wird hierbei auch die Entscheidung des hess. StGH, die zu lebhaften Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit geführt hat, soweit die Aussagen des Gerichts auf die Situation an den bayerischen Schulen übertragen werden können.

Verzichtet wurde dagegen auf eine eingehende Darstellung der in der Öffentlichkeit mehrfach genannten amerikanischen Stellungnahmen zum Schulgebet an den öffentlichen Schulen in den Vereinigten Staaten, da hierüber eine ausführliche Untersuchung von Bayer² vorliegt.

2) Hermann-Wilfried Bayer, Das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche als Problem der neueren Rechtsprechung des United States Supreme Court, ZauslöffR u. VR 24 (1964), S. 201 ff.

I. DIE KOMPETENZ DES STAATES ZUR VERANSTALTUNG VON SCHULGEBETEN.

1. Staatliches Schulgebet und die Grundsätze der freiheitlichen Demokratie.

Eine das staatliche Schulgebet betreffende Bestimmung findet sich in den Richtlinien für die bayerischen Volksschulen¹. Unter den Leitgedanken für das Schulleben wird u. a. aufgeführt: "Im täglichen Gebet finden die Kinder zur inneren Sammlung und Besinnung".

Es handelt sich dabei weniger um die Feststellung, daß das Gebet der Besinnung der Schüler dient, als vielmehr um eine Aufforderung an den Lehrer, täglich mit den Kindern zu beten, damit sie zur inneren Sammlung und Besinnung finden. Diese Bestimmung wird gedeckt durch Art. 131 II BV, in dem an der Spitze der obersten Bildungsziele die Ehrfurcht vor Gott genannt ist.

a) Auslegung und Entstehungsgeschichte des Art. 131 II BV.

Da sich an die Ehrfurcht vor Gott als weiteres Bildungsziel die Achtung vor religiöser Überzeugung anschließt, kommt eindeutig zum Ausdruck, daß die Schüler nicht nur zur Toleranz, sondern darüber hinaus positiv zum Glauben an Gott geführt werden sollen. Da der Mensch im Gebet Gott gegenübertritt, sich Gottes und seiner ihm gegenüber bestehenden Verantwortung innewird, ist prima facie ein staatliches Schulgebet im Einklang mit

1) Einführung der "Richtlinien für die bayerischen Volksschulen", Bek. d. Staatsmin. f. Unt. u. Kult. v. 10. Juni 66, Nr. IV 42500; KMBL S. 181, A, V, 4, S. 3; siehe auch a. a. O. A, I, 3 (Schule, Unterricht und Erziehung), "Er (Unterricht) will ihn befähigen, den gegenwärtigen und zukünftigen Aufgaben gerecht zu werden, sein Leben nach seinem Gewissen zu führen und dem Anruf Gottes zu antworten". Quelle: Schulrecht, Ergänzbare Sammlung der Vorschriften für Schule und Schulverwaltung in Bayern, hrsg. v. Seipp-Keßler III B I.

dem staatlichen Auftrag des Art. 131 II BV, die Schüler zur Ehrfurcht vor Gott zu erziehen².

Beweiswert kommt dieser Übereinstimmung aber nur dann zu, wenn die Bestimmung des Art. 131 II BV "Ehrfurcht vor Gott" verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

Der von Dr. Hoegner verfaßte Vorentwurf der BV enthielt in Art. 93 II VE³ die Ehrfurcht vor Gott als oberstes Bildungsziel noch nicht. Dieser Vorentwurf diente als Grundlage der Beratung des Ausschusses zur Vorbereitung einer neuen Bayerischen Verfassung. Während der Beratung der vorbereiteten Kommission wurde Art. 93 II VE geringfügig abgewandelt.

Aber auch der dem Art. 93 II VE entsprechende Art. 100 II des Entwurfs⁴ enthielt die Fassung "Ehrfurcht vor Gott" als oberstes Bildungsziel noch nicht.

-
- 2) Es besteht keine Einigkeit darüber, ob Gott in Art. 131 II BV im Sinne des christlichen Gottes verstanden werden muß. Zumindest läßt sich aus der Diskussion um die Präambel und Art. 131 II BV im Verfassungsausschuß entnehmen, daß sämtliche Beteiligte von einer Vorstellung Gottes als einem den Menschen übergeordneten und ihn verpflichtenden Höchsten ausgegangen sind. Siehe hierzu auch die Begründung zum Regierungsentwurf des VoSchG zu Art. 7 VoSchG, Bayer. Landtag, 5. Legislaturperiode, Beilage 2790 und Rust, Gemeinschaftsschule in Bayern - christlich oder weltanschaulich neutral, BayVBl 67, 46. Für Art. 7 I der Verfassung Nordrhein-Westfalens vertreten Geller-Kleinrahm-Fleck die Auffassung, daß das Gottesverständnis des Art. 7 I nichtchristliche und auch deistische Vorstellungen einschließt, sofern diese eine sittliche Weltordnung als ein dem Menschen übergeordnetes und ihn verpflichtendes Prinzip anerkennen.
- 3) Art. 93 II VE lautet; Oberste Bildungsziele sind Selbstbeherrschung, Verantwortungsgefühl und Verantwortungsfreudigkeit, Achtung und Ehrfurcht vor der Würde des Menschen, Selbstlosigkeit, Dienst an den höchsten Werten der menschlichen Gemeinschaft, die sich mit den wahren Idealen des eigenen Volkstums decken.
- 4) Art. 100 II des Entwurfs lautet; Oberste Bildungsziele sind Selbstbeherrschung, Verantwortungsgefühl und Verantwortungsfreudigkeit, Achtung und Ehrfurcht vor religiösen Überzeugungen und vor der Würde des Menschen, Selbstlosigkeit, Dienst an den höchsten Werten der menschlichen Gemeinschaft.

Erst in den Beratungen des Verfassungsausschusses zu Art. 100 II des Entwurfs stellte der Berichterstatter Dr. Schwalber den Antrag, die Gottesfurcht mit in den Katalog der obersten Bildungsziele aufzunehmen⁵. Nach seinen Vorstellungen sollte Absatz 2 beginnen:

Oberste Bildungsziele sind Gottesfurcht, Religiosität ...

Gegen diese Fassung wurden Bedenken⁶ vorgetragen, da sie einen bestimmten Teil des deutschen Volkes vor den Kopf stoßen würde, namentlich jenen Teil, der seine Kinder aus weltanschaulichen Gründen nicht religiös erziehen lassen will.

Demgegenüber wurde von den Abgeordneten Kaiser⁷ und Hundhammer⁷ darauf hingewiesen, daß nach Statistiken höchstens 2 % der Bevölkerung als glaubenslos bezeichnet werden können, und daß deshalb die Bedenken nicht so schwerwiegend seien, die Gottesfurcht als oberstes Bildungsziel in die Verfassung mit aufzunehmen.

Die anschließende Abstimmung führte zur Annahme des Absatz 2 in der heutigen Fassung mit allen Stimmen bei nur einer Stimmenthaltung⁸. Durch die Aufnahme der "Ehrfurcht vor Gott" an die Spitze der Bildungsziele wurde Absatz 2 gegenüber dem Vorentwurf und dem Entwurf bedeutsam erweitert⁹.

5) 10. Sitzung vom 1. 8. 46, Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd. 1, S. 258.

6) Abg. Schirmer, a. a. O., S. 259.

7) a. a. O., S. 259

8) a. a. O., S. 260

9) Welche Bedeutung die Mitglieder der CSU der Erziehung der Schüler zur Ehrfurcht vor Gott für die Bejahung des Staates beigemessen haben, wird aus der Erklärung des Abg. Kaiser ersichtlich: "Die Einwendungen, daß diese Schulart (Bekenntnisschule) undemokratisch ist, muß ich zurückweisen. Es gibt keine positivere Einstellung zum Staat, in diszipliniertem Sinne gesehen, als die christliche Erziehung der Jugend. Dort lernt man den Begriff der Autorität gegenüber den Eltern, den Erziehern und den Vertretern der Staatsgewalt, und das ist die erste Voraussetzung, wenn eine disziplinierte Entwicklung auch der demokratischen Idee in unserem Volk in weiterem Rahmen und Maß erfolgen soll". Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung, Bd. II, S. 352 (14. Sitzung v. 8. 8. 46).

b) Grenzen des Staates zur Bestimmung der Erziehungsziele nach Geiger.

Geiger ist der Auffassung, daß der Staat zwar nicht frei in der Bestimmung der Erziehungsziele ist, die die öffentliche Schule zu verwirklichen hat, daß aber die in Art. 131 II BV aufgestellten Erziehungsziele verfassungsrechtlich unbedenklich sind¹⁰.

Zugleich macht nach Geiger Art. 131 II BV deutlich, wie zurückhaltend der freiheitliche Staat eines weltanschaulich nicht einheitlichen Volkes das Erziehungsziel seiner Schulen formulieren muß und daß das, was die Verfassung "oberste Bildungsziele" nennt, nur ein Mindeststandard von Erziehungspostulaten sein kann¹¹. Ganz allgemein unzulässig ist es nach Geiger¹², die "Erziehung der öffentlichen Schule als Mittel zu einem anderen Zweck als dem der Heranbildung eigenverantwortlicher, freier, sittlicher Persönlichkeiten zu gebrauchen¹³. Und selbst innerhalb dieser Grenzen hat das Land sich bei der Bestimmung der Erziehungsziele zu orientieren an den Wertvorstellungen und geistig-weltanschaulichen Grundhaltungen des Volkes und den "fortwirkenden geistig-kulturellen Strukturen innerhalb dieses Gemeinwesens".

Der Grund der Begrenzung des Staates in der Auswahl der Erziehungsziele liegt nach Geiger in der Rechtstatsache, daß wir eine freiheitliche Staatsordnung besitzen¹⁴. Das bedeutet, daß dieses Staatswesen antitotalitär ist, daß der Staat sich nicht beliebige Ziele setzen kann, und daß der freiheitliche Staat im Gegensatz zum totalitären Staat sich nicht des ganzen Menschen bemächtigt und alles erfaßt, was ihm erreichbar ist.

Wie, ist aber dann zu fragen, ist es möglich, daß gerade der freiheitliche Staat sich die Aufgabe stellt, seine Schüler zum Glauben an Gott zu führen. Setzt doch gerade die Postulierung dieses Bildungszieles die Identifizierung des Staates mit dem Glauben an Gott voraus.

10) W. Geiger, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Schule, in: Schule und Staat (Heft 9 der Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, 1959), S. 33.

11) Geiger, a. a. O., S. 34

12) Geiger, a. a. O., S. 33

13) Vgl. Maunz, Staat und Schule im Verfassungsrecht, in: Festschrift für Johannes Heckel, 1959, S. 2.

14) Geiger, a. a. O., S. 30;
Maunz, a. a. O., S. 2.

Geiger selbst bringt keine Begründung. Nachdem er abstrakt die Grenzen des Staates zur Bestimmung der Bildungsziele überzeugend aufgewiesen hat, stellt er lediglich fest:¹⁵

"Insoweit ist der Art. 131 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung ... verfassungsrechtlich unbedenklich".

c) Hält sich Art. 131 II BV innerhalb der Grenzen, die die freiheitliche Demokratie zieht ?

Die Fassung der Präambel und die Aufnahme der Ehrfurcht vor Gott in den Katalog der obersten Bildungsziele sind in erster Linie Reaktionen auf den vorangegangenen totalitären Staat. Ersichtlich wird dies insbesondere aus der Begründung des Abg. Haußleiter¹⁶: "Zu ihnen (Bildungsziele) gehört als erstes Ehrfurcht vor Gott. Das soll kein Lippenbekenntnis sein, das soll ausdrücken, daß wir die schrankenlose Hybris des Menschen erlebt haben, der alles Heil von einem Menschen erschien. Wir haben erlebt, wo diese Hybris hinführt, und deshalb glauben wir, daß in einem wirklich demokratischen Staat zuerst wieder die Bindung an das Göttliche ausgesprochen werden muß als oberstes der Erziehungsziele".

15) Geiger, a. a. O., S. 31

16) Stenografischer Bericht über die Verhandlungen der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung, Bd. IV, S. 39. Der Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen von Geller-Kleinrahm-Fleck, 2. Aufl. 1963, vertritt für Art. 7 I die Auffassung, daß die rechtliche Tragweite dieser Bestimmung, wonach die Ehrfurcht vor Gott zu den vornehmsten Erziehungszielen zu rechnen ist, darin besteht, daß kein Lehrer durch Verbreitung atheistischer Lehren, abfälliger Äußerungen u. dergl. die Ehrfurcht vor Gott untergraben darf. "Gleichwohl dürfte es die Fassung des Art. 7 I nicht schlechthin ausschließen, daß ein Atheist an entsprechender Stelle Lehrer sein kann, sofern er nur nicht für seine Überzeugung zu werben sucht".

Die Fassung der Präambel und die Aufnahme der "Ehrfurcht vor Gott" in den Katalog der obersten Bildungsziele ist die Antwort des Verfassungsgebers auf das militante Antichristentum des national-sozialistischen Staates und seiner Verhöhnung jeden Gottesbegriffes¹⁷.

Durch die Bindung an das Göttliche sollte das Bestreben des Nationalsozialismus getroffen werden, jede ihm entgegenstehende Auffassung auszuschalten¹⁸. Da der totale Staat sich den Kampf gegen den Glauben an Gott auf seine Fahnen geheftet hatte, glaubte man, sich von Staates wegen, im Gegensatz zum totalen Staat, für Gott entscheiden zu müssen.

Dabei wurde aber übersehen, daß sich beide, sowohl der sich gegen Gott entscheidende, als auch der sich für Gott entscheidende Staat auf einer gemeinsamen Ebene befinden, wenn auch unverkennbar als Gegenpole. Denn ihnen ist gemeinsam, daß sich der Staat selbst in Glaubensdingen festlegt.

Die Frage ist daher, ob die Festlegung des Staates auf den Glauben an Gott mit den Grundsätzen des freiheitlich-demokratischen Staates, den die Väter der Verfassung zu schaffen sich anschickten, zu vereinbaren ist.

Ausgangspunkt ist hierfür die Tatsache, daß die freiheitliche Demokratie unbestritten das Gegenstück zum totalen Staat ist¹⁹. Der totale Staat ergreift den Menschen in allen Lebensbezügen, beansprucht ihn in seiner Ganzheit²⁰, was zur Folge hat, daß der Mensch seine personale Eigenständigkeit verliert

17) Zwar nahm Hitler selbst die Worte "Gott und Vorsehung" oft und gern in den Mund. Sie waren aber, wie Hofer (W. Hofer, Der Nationalsozialismus, Dokumente 1933 - 1945, Fischer-Bücherei 1957) erklärt, "keineswegs Mächte, denen er sich je unterworfen oder auch nur verantwortlich gefühlt hätte. Sie waren für ihn Attrappen einer ichbezogenen Welt, gotteslästerliche Formen seines krankhaft übersteigerten Ichbewußtseins".

18) Rauschning gegenüber (s. Rauschning Gespräche mit Hitler) sprach Hitler davon, daß er das Christentum in Deutschland mit Stumpf und Stiel, mit allen seinen Fasern und Wurzeln ausrotten werde. "Eine deutsche Kirche, ein deutsches Christentum ist Krampf. Man ist entweder Christ oder Deutscher. Beides kann man nicht sein", zitiert nach Hofer, a. a. O., S. 121.

19) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 18, Rdnr. 48, 55, BVerfG 2, 1 (12).

20) Vgl. J. L. Talmon, Die Ursprünge der totalitären Demokratie, Köln und Opladen 1961, S. 2.

und zum Funktionär wird. Sein etwaiger Anspruch, sich ein personales Reservat zu sichern, macht ihn zum Staatsfeind. Infolgedessen ist der totale Staat nach Thielecke²¹ "kein Organismus gemeinschaftlich aufeinander bezogener Personen, sondern ein Mechanismus kollektiv gleichgeschalteter Menschen".

Entsprechend ist die Auffassung von der Freiheit des Menschen, die zu gewähren der totale Staat vorgibt. Sie besteht in der Freiheit, die von Berufenen gefundene Wahrheit bejahen zu dürfen²².

"Freiheit ist für diese Auffassung die Übereinstimmung des individuellen Meinens und Handelns mit einem absolut Richtigen, das der Staat als Weltanschauung oder dergleichen hütet und im Gesetz ausspricht"²³. Dann kann z. B. das Proletariat, wenn es seinem vernünftigen Willen folgt, gar nichts anderes wollen, als die von der Partei betriebene wissenschaftliche Politik²⁴. Wer daher zur vorgegebenen Wahrheit gezwungen wird, wird gezwungen, frei zu sein, indem er hierdurch aus den Banden des Irrtums befreit wird²⁵.

Anders die freiheitliche Demokratie. Für sie ist der oberste Wert die Würde des Menschen²⁶, womit zum Ausdruck kommt, daß der Mensch eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte Persönlichkeit ist. Voraussetzung für das Funktionieren des Systems der freiheitlichen Demokratie ist die Geistesfreiheit²⁶. Sie ist gekennzeichnet als die Freiheit zum selbstverantwortlichen Handeln²⁷. Sie gründet sich auf den Gedanken der Selbstverantwortung einerseits und der Beschränktheit menschlicher Möglichkeiten andererseits. Sie ist zugleich Ausdruck für die im freiheitlichen Staat zum Tragen kommende Erkenntnis, daß niemand, auch nicht der Staat, für sich in Anspruch nehmen kann zu wissen, was für den anderen gut ist²⁷.

21) Helmut Thielecke, Theologische Ethik, Bd. II, Teil 2, S. 33.

22) Vgl. Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., S. 281. Vgl. hierzu auch; Reinhold Zippelius, Demokratie und Meinungslenkung, JuS 65, 379 ff, 381 ff.

23) Krüger, a. a. O., S. 281.

24) Vgl. I. Fetscher, Die Freiheit im Lichte des Marxismus-Leninismus, 4. Aufl., 1963, S. 49 ff.

25) Vgl. hierzu die Auffassung von J.J. Rousseau: Wer gezwungen wird, der *volonté générale* zu gehorchen, wird gezwungen, frei zu sein.

26) BVerfGE 5, 85 (204).

27) Richard Bäuml, Artikel "Rechtsstaat" III D 3, in: Ev. Staatslexikon, 1966.

Wenn im totalen Staat die Freiheit in der Bejahung des vom Staat vorgegebenen Richtigen liegt, so läßt sich der freiheitliche Staat von der Auffassung leiten, daß nur von der Selbständigkeit die Auffindung des Richtigen überhaupt erwartet werden kann, und subjektiv gesehen nur das selbstgefundene Richtige für den Menschen richtig ist²⁸. Die Freiheit im freiheitlich-demokratischen Staat besteht daher nicht in der Bejahung des vorgegebenen Richtigen; sie ist Möglichkeit und Aufgabe, aus eigener Initiative, auf eigenen Wegen und in eigener Verantwortung das Richtige zu finden.

Der freiheitlich-demokratische Staat kann sich daher nicht auf eine absolute Wahrheit festlegen und muß sich seinem Wesen nach zur Auffassung bekennen, daß es im Bereich der religiösen und weltanschaulichen Grundansichten eine beweisbare und unwiderlegbare Richtigkeit nicht gibt²⁹.

Deshalb kann die freiheitliche Demokratie weder einem bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Leitbild verpflichtet sein noch sich zu einem Glauben - sei es zum Glauben oder gegen den Glauben an Gott - bekennen.

Der freiheitlich-demokratische Staat ist daher wesensmäßig religiös und weltanschaulich neutral³⁰. Da er auf der freien Entfaltung der Persönlichkeit aufbaut, ist diese Neutralität keinesfalls gleichbedeutend mit Feindschaft gegen die verschiedenen religiösen und weltanschaulichen Ansichten und Strömungen³¹. Ihr entspricht die Offenheit des Staates für die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen seiner Bürger³¹. Die freiheitliche Demokratie gibt jedem Raum, mit geistigen Mitteln seine religiösen und weltanschaulichen Ziele auch im politischen Prozeß zur Entfaltung bringen zu können³².

28) Krüger, a. a. O., S. 281.

29) BVerfGE 5, 85 (224), für den Bereich der politischen Grundansichten.

30) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 147.

31) Geiger, a. a. O., S. 35; Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdnr. 24; Maunz, Staat und Schule im Verfassungsrecht, in: Festschrift für Johannes Heckel, S. 4; Adolf Arndt, Aufgaben und Grenzen der Staatsgewalt im Bereich der Schulbildung, in: Schule und Staat (Heft 9 der Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, 1959), S. 75; Hesse, a. a. O., S. 65.

32) Hesse, a. a. O., S. 65.

Diese Freiheit zur Einflußnahme auf den politischen Willensbildungsprozeß des Staates ist aber nicht unbeschränkt. "Die verfassungsrechtliche Schranke ihrer Verwirklichung findet sie dort, wo jene Offenheit aufgehoben und die auch nur um der Minderheit willen gewährleistete religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates beseitigt werden würde³²".

Wenn daher für den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat feststeht, daß es im Bereich des Glaubens eine beweisbare und unwiderlegbare Richtigkeit nicht gibt, und es deshalb der Staat dem einzelnen überläßt, das für ihn Richtige zu finden, dann widerspricht es dem Grundgedanken des freiheitlich-demokratischen Staates, wenn er sich für den Glauben an Gott von Staates wegen festlegt und seine Schüler zur Ehrfurcht vor Gott erziehen läßt.

2. Das Gemeinwohl in Verbindung mit der Glaubensfreiheit als staatliche Kompetenzschränke in Religionsfragen.

Die Zuständigkeit des Staates, somit seine Kompetenz, liegt vor, wenn die zu regelnde Materie in den Aufgabenbereich des Staates fällt. Die Kompetenz des Staates zur Regelung von Glaubensfragen ist demnach dann gegeben, wenn die Förderung der Religiosität und des Glaubens zu den staatlichen Aufgaben zu rechnen ist.

Die Bayerische Verfassung von 1946 enthält unter der Überschrift "Aufbau und Aufgaben des Staates" in Art. 3 BV eine allgemeine Umschreibung der dem Staat obliegenden Aufgaben. Art. 3 BV bestimmt: "Bayern ist ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat. Er dient dem Gemeinwohl".

a) Der Rechtsgehalt des Art. 3, Satz 2 BV "Er dient dem Gemeinwohl".

Die ausdrückliche Festlegung des Staates auf den Dienst am Gemeinwohl geht auf den Abg. Prechtl, CSU, zurück, der bei den Beratungen des Verfassungsausschusses vorschlug, nach dem Satz "Bayern ist ein Volksstaat"¹ noch folgenden Passus einzufügen:

"Der Bayerische Staat als das in einer festen Rechtsordnung zusammengefaßte Volk der Bayern hat die Aufgabe, das Gemeinwohl aller Einwohner des Landes zu fördern",

da im Hauptteil "Aufbau und Aufgaben des Staates" doch der grundsätzliche Gedanke, was denn der Staat als Ganzes für Aufgaben habe, auch ausgesprochen werden sollte².

Die endgültige Fassung stammt von Dr. Hoegner. Sie sollte die Lücke ausfüllen, die bisher bestand, weil von den Aufgaben des Staates eigentlich nichts gesagt wurde. Außerdem sollte durch die Formulierung "Er dient dem

1) Der dem jetzigen Art. 3 BV entsprechende Art. 2 des Entwurfs hatte die Fassung:

1. Bayern ist ein Volksstaat.
2. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.
3. Das Volk tut seinen Willen durch Wahlen und Abstimmungen kund. Mehrheit entscheidet.

2) Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd. II, S. 385.
(18. Sitzung vom 20.8.46).

Gemeinwohl" noch besonders hervorgehoben werden, daß der Staat nicht Selbstzweck ist. Diese Fassung wurde im Verfassungsausschuß mit allen Stimmen bei einer Stimmenthaltung angenommen³.

Der Handkommentar von Nawiasky-Leusser von 1948 geht auf die Bedeutung der in Satz 2 getroffenen Bestimmung mit keinem Wort ein. Ebenso wenig der 1953 erschienene Ergänzungsband von Nawiasky-Lechner. Erst der Kommentar von Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher bringt eine kurze Erläuterung zu Art. 3, Satz 2 BV. In Randnummer 18 wird ausgeführt, daß Satz 2 "zwar nicht den oft mißbrauchten Satz enthält "Gemeinnutz geht vor Eigennutz", sondern den in seiner Verbindlichkeit auch vom Gesetzgeber wohl zu wenig beachteten Rechtsgrundsatz, daß der Staat nicht den Interessen einzelner Personen oder Gruppen, sondern dem Gemeinwohl dient".

Es ist zwar richtig, daß die Wahrung der Interessen einzelner Personen oder Gruppen nicht in den Aufgabenbereich des Staates fällt, doch wird hierdurch der Rechtsgehalt der in Art. 3 Satz 2 BV getroffenen Bestimmung nicht vollständig ausgeschöpft, da es sich hierbei nur um einen Teilaspekt handelt.

b) Die Festlegung des Staates auf das Gemeinwohl beinhaltet eine generelle Kompetenzbeschränkung.

Durch die ausschließliche Festlegung des Staates auf den Dienst am Gemeinwohl wird, wie sich schon aus der Überschrift "Aufbau und Aufgaben des Staates" ergibt, eine Bestimmung staatlicher Aufgaben getroffen. Aus der Fülle der möglichen Aufgaben wird der Staat auf diejenigen Aufgaben beschränkt, deren Erfüllung vom Gemeinwohl geboten wird.

Von den übrigen Aufgaben ist der Staat ausgeschlossen. Da die Kompetenz Folge der Aufgabe ist, ergibt sich negativ, daß der Staat keine Kompetenz für diejenigen Aufgabenbereiche besitzt, die nicht vom Gemeinwohl umfaßt werden. Die abstrakte Festlegung des Staates auf den Dienst am Gemeinwohl hat daher ganz allgemein die Bedeutung einer Kompetenzabgrenzung. Sie stellt klar, daß erst der Dienst am Gemeinwohl das Staatshandeln legitimiert, und das Staatshandeln nur insoweit legitim ist, als das Gemeinwohl

3) Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd. II, S. 388.

es erfordert⁴.

Die konkrete Frage stellt sich demnach dahin: Ist das Bekenntnis des Staates zum Glauben an Gott und die Förderung dieses Glaubens durch den Staat noch eine vom Gemeinwohl umfaßte oder gebotene Aufgabe ?

c) Ist das Bekenntnis des Staates zum Glauben an Gott und die Förderung dieses Glaubens durch den Staat eine vom Gemeinwohl gebotene Aufgabe ?

ca) Die Förderung des Glaubens als Aufgabe des Staates im christlichen Mittelalter.

Dem Staat des christlichen Mittelalters wäre der Gedanke, er habe nicht für die wahre Religion und für die Religiosität seiner Untertanen zu sorgen, fremd gewesen⁵.

Die mittelalterliche Kultur war, wie Ernst Troeltsch gesagt hat, aufgebaut auf dem Gedanken eines absolut sicheren, garantierten und schlechthin einheitlichen Wahrheitsbesitzes, der in der Stiftung des Christentums und der Kirche unmittelbar aus der Wahrheit und Einheit Gottes selbst herausfloß und eben dadurch auch die Unterordnung aller bloß menschlichen und relativen Lebenswerte unter dem hiermit festgestellten absoluten und jenseitigen Lebenswert bedeutet. Der christliche Staat des Mittelalters beruhte auf der Einheit von Imperium und Sacerdotium, die aus der Einheit der gesamten

-
- 4) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 377, sieht Rechtfertigung, Wesensform, Ziel- und Aufgabenrichtung des Staates letztlich in der Idee des Gemeinwohls begründet, wobei sich der Staat als die umfassendste Institution zur Erfüllung des Gemeinwohls darstellt. Siehe auch Leo XIII, *Rerum novarum*, 1891, "Das Gemeinwohl ist das höchste Gesetz und der eigentliche Grund und Zweck der Staatsgewalt".
- 5) Das Reich wird verstanden als eine auf Schutz und Förderung der Kirche und des christlichen Glaubens gewidmete Größe. Dem Kaiser obliegt die Vogtei und Schirmherrschaft der Kirche und des wahren Glaubens. Die Stellung als oberster Vogt der Kirche und Haupt der Christenheit blieb dem Kaiser bis 1806, wenn auch weitgehend durch den Augsburger Religionsfrieden, den Westfälischen Frieden und die seit der Wahl Karls V. üblichen Wahlkapitulationen in seinen Rechten und Befugnissen beschränkt. Vgl. Rothenbücher, *Die Trennung von Staat und Kirche*, München 1908, S. 1 ff. (9).

Weltanschauung folgte⁶.

Hieran änderte auch die Reformation nichts⁷.

Der Staat Luthers ist Werkzeug Gottes, ist eine religiöse Institution, deren Zweck die Pflege des christlichen Gemeinwesens und Sittengesetzes

-
- 6) So beansprucht Innozenz III. mit dem Doppelvikariat des Christus rex und Christus sacerdos die Führung in der christlichen Völkergemeinschaft und als Richter von Sünde und Unrecht eine indirekte Gewalt über die weltliche Macht. Die Kirche erschien als der die ganze Menschheit umfassende Universalstaat. Mit dem Aufkommen des Territorialfürstentums und dem Zusammenbruch des Kaisertums waren diese hierokratischen Ansprüche der Päpste - siehe noch die Bulle "Unam Sanctam" des Papstes Bonifaz VIII. von 1302 - nicht mehr zu verwirklichen. Wie weit die deutschen Fürsten um 1500 sich bereits zur Einflußnahme auf kirchliche Fragen berechtigt fühlten, zeigt sich in den hundert Beschwerden deutscher Nation 1522 - 1523, die die weltlichen Reichsstände dem Papst überreichten und darin zum Ausdruck brachten, daß sie den Mißständen eigenmächtig abhelfen würden, falls der Papst zögern würde, ihnen Rechnung zu tragen.
- 7) Die religiöse Idee selbst und der Begriff der Kirche ist nach Ernst Troeltsch, Aufsätze zur Geistesgeschichte und Religionssoziologie, Tübingen 1925, S. 137, gewandelt, aber der Gedanke einer staatlich-kirchlichen Einheitskultur bleibt, zugleich die Erwartung, daß die ganze Christenheit sich dieser reinen Wahrheit beugen werde. Nach anfänglicher Hoffnung, daß diese Wirkung von selbst eintreten werde, nahm Luther Zuflucht zur Staatsgewalt und richtete ein Zwangskirchentum auf, das freilich nur soweit reichte, wie die jeweilige Staatsgewalt. Mit der Übertragung halbreligiöser und religiöser Aufgaben auf den Landesherrn stärkte er die Obrigkeit außerordentlich und ebnete den Weg zum christlichen, patriarchalischen, konfessionell geschlossenen Territorialstaat, dem keine Kirche mehr als Begrenzung seiner Macht gegenüberstand.

ist^{8, 9}. Der protestantische Herrscher fühlt sich Gott gegenüber für die Rechtgläubigkeit und christliche Zucht seiner Untertanen verantwortlich¹⁰.

cb) Die Förderung der Religiosität als Aufgabe des absolutistischen Staates.

Im Zuge der Säkularisierung schafft sich der Staat des Absolutismus und der Aufklärung eine vom Religiös-Konfessionellen unabhängige Sphäre¹¹. Er wendet sich von den jenseitigen zu den diesseitigen Lebenszielen. In den Vordergrund rückt die Verwirklichung des Allgemeinwohls.

Die weitgehende Besinnung auf diesseitige Aufgaben des Staates hindert den absolutistischen Staat aber nicht, seine Untertanen zur Religiosität anzuhalten. Er fordert von seinen Dienern den Besuch des Gottesdienstes und

8) Treffend weist Heckel, Reformation II, A, 4. Sp., 1805, in: Ev. Staatslexikon, darauf hin, daß auch dort, wo auf evangelischer Stelle die Theologie vom weltlichen Charakter der Obrigkeit spricht, es sich handelt um einen theologisch definierten, d.h. erfüllten und begrenzten Begriff von Weltlichkeit, der nicht im Sinne moderner Säkularisierung, Autonomie und Eigenständigkeit zu verstehen ist.

9) Auch für Calvin ist es Aufgabe des Staates, die Verkündung des reinen Evangeliums zu schützen und der Ausbreitung des Reiches Christi zu dienen. Die Aufrichtung, der Schutz und die Unterstützung der reinen, aus Gottes Wort reformierten Kirche des Calvinismus ist die christliche Pflicht der Obrigkeit. Kirche und Staat sind zwar im Prinzip getrennte Lebensordnungen, aber durch das höhere Ziel der Pflege der wahren Gottesverehrung, wie sie die Kirche dem Staat anzuzeigen hat, eng verbunden. Dank ihrer höheren Qualität wird die Kirche des Calvinismus zum Gewissen des Staates. Siehe hierzu Ernst Troeltsch, a.a.O., S. 142, Heribert Raab, Kirche und Staat, von der Mitte des 15. Jahrhunderts bis zur Gegenwart, 1966, S. 42. Schweitzer, Staat III 3, in: Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Bd. VI, S. 300, 301.

10) Nach Helmut Thielecke, Theologische Ethik, Bd. II, 2. Teil, S. 9, verstand Luther den Fürsten als erstes Glied der Kirche. Der Repräsentant des Staates stand in der Kirche und war damit potentiell zumindest unter der Kanzel. Durch die Person des Fürsten war eine personale Klammer um Kirche und Staat gelegt. "Diese im Fürsten gegebene Personalunion zwischen Gliedschaft in der Gemeinde und obrigkeitlichem Amt" erlaubte es Luther, etwa in seiner Schrift an den "christlichen Adel", die aristokratischen Stände nicht nur als Repräsentanten der Obrigkeit, sondern als Schuldner einer Christenpflicht in Anspruch zu nehmen.

11) Heribert Raab, a.a.O., S. 53.

prüft die Hebamme nicht nur auf ihre sittliche Eignung, sondern auch auf ihre Kenntnisse in der Religion¹². Geändert hat sich nur die Begründung der religiösen Gängelung. Infolge der Verweltlichung treten an die Stelle von religiös-konfessionellen Argumenten solche der Staatsräson. Wurden Andersgläubige auch aus rationalen Erwägungen geduldet, so doch nur insofern, als die Interessen des Staates und der staatliche Allmachtsanspruch davon nicht berührt wurden. Das landesherrliche Kirchenregiment, die Vorstellung von der absoluten Allmacht des Staates, der jede physische und moralische Person in allem und jedem zu dienen hat und die fortschreitende Verweltlichung führen dazu, daß die Kirchen zu staatlichen Sittlichkeitsanstalten werden, die die staatlichen Zwecke gegenüber den Untertanen zu fördern verpflichtet sind¹³. So bestimmt § 13 des pr. ALR: "Jede Kirchengesellschaft ist verpflichtet, ihren Mitgliedern Ehrfurcht gegen die Gottheit, Gehorsam gegen die Gesetze, Treue gegen den Staat und sittliche, gute Gesinnungen gegen ihre Mitbürger einzuflößen". Zwar schreibt schon Thomasius¹⁴, daß der Fürst nicht die Pflicht habe,

-
- 12) Heribert Raab, a. a. O., S. 51. Vgl. auch Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl., S. 70 ff.
- 13) Das Verständnis der Kirchen als Staatsanstalten und der Geistlichen als Staatsdienern ist Folge der Wandlung des Episkopal-systems zum Territorial-system. Während seit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 die Fürsten sich auf das ihnen zugefallene jus episcopale stützen und sich als summi episcopi betrachteten, verstanden später insbesondere die Fürsten Preußens das Kirchenregiment als Teil der Staatsgewalt, das sie lediglich in ihrer Stellung als Landesherrn ausübten.
- 14) Thesen des Christian von Thomasius: Das Recht evangelischer Fürsten in theologischen Streitigkeiten gründlich ausgeführt und wider die Papistischen Lehrsätze eines Theologi zu Leipzig vertheyliget, Halle 1696, zitiert nach H. Raab, a. a. O., S. 192.
3. Die Pflicht eines Fürsten als Fürsten besteht darin, daß er den äußeren Frieden in seinem Staat erhalte ...
 4. Nicht aber seine Untertanen recht tugendhaft zu machen ...
 5. Viel weniger ist er verbunden, für die Seligkeit seiner Untertanen zu sorgen ...
 6. Die Pflicht eines Fürsten als Fürsten erfordert nicht, daß, wenn seine Untertanen einer falschen Christlichen Religion zugethan seyn, er dieselbe zu der wahren seligmachenden bringe und führe ...

seine Untertanen recht tugendhaft zu machen und für ihre Seligkeit zu sorgen, doch findet dieser Gedanke seine Verwirklichung nur in der von Roger Williams 1636 nach seiner Ächtung in Massachusetts gegründeten Kolonie Rhode Island.

Nach dem Gründungsvertrag sollte die Religion überhaupt nicht Gegenstand der Gesetzgebung sein, gemäß der Auffassung Roger Williams', daß alle Staaten ihrem Wesen nach weltlich seien, und der Staat deshalb auch von religiösen Tatsachen absehen müsse¹⁵.

cc) Die Einflußnahme des Staates auf Glauben und Religiosität im 19. Jahrhundert.

Selbst das 19. Jahrhundert sieht in Deutschland den Schluß Roger Williams' von der Weltlichkeit des Staates auf die Enthaltbarkeit des Staates in Angelegenheiten der Religion noch nicht verwirklicht.

Zwar wird grundsätzlich erklärt, daß der Staat nur dem Gemeinwohl zu dienen hat, daß sich der Zweck des Staates auf rein irdische Interessen des Menschen richtet, d. h. auf die Interessen der Menschen "wie und solange sie auf Erden leben", wobei vom Staatszweck alles ausgeschlossen ist, was nicht Zweck der Gesamtheit sein kann, was nicht alle Individuen angeht¹⁶.

Die Beschränkung des Staates auf diesseitige Ziele wird aber nicht verstanden als Ausklammerung des Religiösen aus dem Bereich des Staatlichen. Nur die Religion "als unsichtbares Verkehren der Herzen mit Gott" ist kein Gegenstand des Rechtes der Staatsgewalt. "Die allgemeinen religiösen Grundsätze und Anschauungen zu bestimmen und eine bestimmte religiöse Überzeugung in den Herzen der Individuen im Volke zu wecken und zu pflegen", ist das besondere Recht der religiösen Anstalten¹⁷.

Die äußere, wahrnehmbare Gestaltung des religiösen Lebens, die Formen und Arten seiner Betätigung sind Erscheinungen und Zustände, welche als sichtbare Ordnungen irdischer Verhältnisse die Sphäre des Staatslebens unmittelbar betreffen und in einer rechtlichen Beziehung zu der Gewalt des Staates stehen

15) Vgl. Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdnr. 11. Rothenbücher, a. a. O., S. 32 ff.

16) G. A. Grotefend, Das Deutsche Staatsrecht der Gegenwart, Berlin 1869, S. 3.

17) G. A. Grotefend, a. a. O., S. 111.

müssen.

Daher hat die Staatsgewalt die Aufgabe, die Kirchen zu beaufsichtigen¹⁸ und das Recht, zu bestimmen, welche Religionsgemeinschaft ein äußerlich wahrnehmbares Leben¹⁹ in bestimmten Kultusformen im Staate tätigen darf²⁰.

Der Staat schützt die Kirche als die irdische Gestaltung des religiösen Lebens, aber auch die Religion selbst, insofern die Herrschaft der Religion durch die Sicherung ihrer weltlichen Erscheinungsformen bedingt ist. Der Schutz der Kirche wird begründet mit der Harmonie der allgemeinen Weltordnung, die ein Band tief sittlicher Verwandtschaft zwischen Kirche und Staat knüpft. Der Staat ist nicht die Kirche, die Kirche ist nicht der Staat, "aber sie sind trotz der Verschiedenheit der Zwecke und Formen ihres Lebens durch das oberste Prinzip der Welterschöpfung verbunden, indem sie beide je in ihrer besonderen Sphäre und mit besonderen Mitteln der Entwicklung des Menschlichen und der Heiligung des Menschen dienen sollen"²¹.

-
- 18) Bei J. L. Klüber, Öffentliches Recht des Deutschen Staates und der Bundesstaaten, 4. Aufl., Frankfurt 1840, S. 763, wirkt der schon gegen das Ende des 17. Jahrhunderts viel strapazierte Grundsatz "non debet esse status in statu" in seinem Verständnis des Staat-Kirchenverhältnisses weiter, wenn er feststellt, daß die Kirche nicht Staat im Staate ist. "Als im Staatsgebiet, aber nicht des Staates wegen bestehende Gesellschaft, mit eigenem Zweck, ist sie untergeordnet der Staatsgewalt". Klüber fordert daher, daß die Kirche nicht nur der Staatsgewalt unterworfen zu sein habe, daß sie dem Staat nicht schädlich werden dürfe, sondern daß sie vielmehr als "sittlich-religiöse Anstalt" dem Staat nützlich sein muß; siehe auch Klüber, a. a. O., S. 788.
- 19) Vgl. hierzu die Braunschweigsche Neue Landschaftsordnung vom 12. Okt. 1832, § 29 "Äußere Religionsausübung ist der Oberaufsicht des Staates unterworfen". Quelle: Grotefend, S. 113, Fußnote 3.
- 20) Hierin sieht Grotefend, a. a. O., S. 113, keinen Eingriff in die Bekenntnisfreiheit, da der Staat nicht die Formen, in welchen sich eine religiöse Anschauung betätigen soll, bestimmt, sondern nur erklärt, welches religiöse Leben sich im Staate nach außen hin wahrnehmbar entfalten darf.
- 21) Grotefend, a. a. O., S. 122; siehe auch W. E. von Ketteler, Freiheit, Autorität und Kirche. Erörterungen über die großen Probleme der Gegenwart, 3. Aufl., Mainz 1862; Quelle: Raab, a. a. O., S. 250.

Aber auch aus rein staatsegoistischen und utilitaristischen Überlegungen verbindet sich der Staat mit der Kirche bis spät ins 19. Jahrhundert, "indem er alle Angriffe gegen die Würde und Heiligkeit der Religion ahndet"²²; durch seine Gesetze bekräftigt, was die Kirche im Gebiet der Lehre und Zucht fest-gestellt. Die Kirche ist aber deswegen nicht undankbar für das, was sie erhält; sie tauscht den Schutz, den sie also findet durch Schutz, den sie gewährt; denn ihrer Sorge und Obhut sind die Fundamente des Staates anvertraut, die, wenn sie zusammenbrechen ... nothwendig seinen Sturz nach sich ziehen"²³.

König Max II. von Bayern erklärt 1858: "Die Kirche befiehlt Gehorsam gegen die von Gott eingesetzte Obrigkeit, wirkt für Erziehung und Sittengesetz. Der Staat bedarf also der Kirche und muß sie auf ihrem Gebiete nicht bloß gewähren lassen, sondern auch stützen und hegen"²⁴. Demgemäß betrachten es die deutschen Staaten auch als ihre Aufgabe, den Atheismus zu unterdrücken, wie der Bundesbeschluß vom 23. August 1851 zeigt, der die Bundesregierungen auffordert, "durch alle gesetzlichen Mittel die Unterdrückung der Zeitungen und Zeitschriften unter Bestrafung der Schuldigen herbeizuführen, welche atheistische ... Zwecke verfolgen"^{25, 26}.

22) So bestimmt z. B. § 56 der bayerischen Instruktion für die Gefangenenerwärter v. 22. Juni 1813; Der Gefangenwärter hat den Gefangenen jede Rede und Handlung gegen Religion und Sitten abzuwehren. § 58; Die Gefangenen sollen angehalten werden, ihre Morgen- und Abendgebete zu den bestimmten Zeiten zu verrichten.

23) Josef Görres, Athanasius, Regensburg 1838, zitiert nach Raab, a. a. O., S. 241.

24) Zitiert nach Raab, a. a. O., S. 94.

25) Für Klüber, a. a. O., S. 777, folgt aus der jedem Staatsbürger gewährten Gewissensfreiheit und der Freiheit des Religionsbekenntnisses noch nicht, "daß in teutschen Staaten ein Einwohner sich als Bekenner keiner positiven Religion oder als zu keiner Glaubenspartei gehörend angeben dürfe". Klüber geht sogar noch weiter, indem er die Vermutung aufstellt, daß im Zweifel jeder der Glaubenspartei angehören soll, in deren Schoß er geboren ist. Gegen diese Vermutung wendet sich Grotefend, S. 44. Fußnote 2, der hierin einen positiven Glaubenszwang erblickt.

16) Freiherr von Ketteler, a. a. O., zitiert nach Raab, S. 251, sieht es geradezu als den absolut höchsten Mißbrauch der Staatsgewalt an, wenn diese unter dem Vorwand der Religionsfreiheit Sekten duldet, die den persönlichen Gott leugnen, da die obrigkeitliche Gewalt von Gott ist.

cd) Der Bereich des Religiösen als Aufgabe des Staates in der neueren Staatslehre.

Anders dagegen die heutige Sicht der staatlichen Aufgaben: Nawiasky²⁷ stellt heraus, daß der Staat seinem Wesen nach in jeder Beziehung auf den Menschen angewiesen ist, die Menschen aber umgekehrt nur in gewissen Beziehungen, nämlich soweit ihre Zwecke ohne Mitwirkung des Staates nicht verwirklicht werden können. "In erster Linie ist es nicht Sache des Staates bzw. jedes Staates ohne Unterschied, den Beziehungen der Menschen, die über das irdische Leben hinausführen, dienstbar zu sein"²⁸. Der Staat ist als ein weltliches Gemeinwesen auf die Pflege der diesseitigen Sphäre des Menschen beschränkt. Zwar kann der Staat auch seine Tätigkeit auf den Bereich des Religiösen ausdehnen, er behandelt dann aber staatsfremde Aufgaben. Der Grund liegt nach Nawiasky darin, daß ein Staat, der die Pflege religiöser Betätigungen unterläßt, dennoch nicht aufhört, Staat zu sein, daß es sich deshalb hierbei nicht um staatswesentliche Aufgaben handeln kann²⁹.

Ähnlich begründet Krüger seine Feststellung, daß die Unterstellung der Staatsstätigkeit unter den Dienst am Gemeinwohl die Sicherung der Beschränkung auf weltliche Aufgaben bedeutet³⁰. Denn "ein im Zusammenhang mit der Allgemeinheit verstandener Begriff des Gemeinwohls umgreift strenggenommen nicht die Sorge für jenseits der irdischen Allgemeinheit liegende Dinge". Da der Staat auch innerhalb des weltlichen Bereichs als Helfer der Gemeinschaft nur in Betracht kommt, wenn seine Hilfe vom Gemeinwohl gefordert ist, das Gemeinwohl aber den religiösen Bereich nicht umfaßt, "so würde der Staat sich mit sich selbst in Widerspruch setzen, wenn er sich unterfinde, Religionen oder Weltanschauungen mit seinen Mitteln Hilfestellung leisten zu wollen"³¹.

Nach Messner kann nur doktrinaire Blindheit leugnen, daß der Staat selbst eine religiöse Existenz besitzt³², was evident wird, sobald man die mensch-

27) Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, 2. Teil, Bd. 1, § 23.

28) Nawiasky, a. a. O., § 21.

29) Die Bedeutung der Ausklammerung der religiösen Werte aus dem Zweckbereich des Staates sieht Nawiasky, a. a. O., S. 182, darin, daß diese dem individuellen, persönlichen Bezirk des Menschen zugute kommt.

30) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., S. 764.

31) Herbert Krüger, a. a. O., S. 561.

32) Johannes Messner, Das Naturrecht, 5. Aufl. 1966, S. 875.

liche Existenz in ihrer ganzen Wirklichkeit mit der Absolutheit ihrer existentiellen Zwecke im religiösen Bereich sieht. Daher ist die Religion auch öffentliche Angelegenheit, und der Staat hat nicht weniger als der Einzelmensch Pflichten gegen Gott, den Schöpfer seiner auf den Staat hin-geordneten Natur. Die Bindung des Staates an die Religion scheint Messner aber nur dann theoretisch unanfechtbar, wenn an einen Staat gedacht ist, dessen Volk einheitlich an einem christlichen Bekenntnis festhält³³. In der religiös-gemischten, staatlichen Gemeinschaft, namentlich, wenn keinem religiösen Bekenntnis die Zugehörigkeit oder die wirkliche Gefolgschaft des überwiegenden Teils des Volkes zukommt, kann der Staat nicht die Religion eines Volksteils bekennen und fördern, ohne das Gewissen der übrigen Bürger in ernste Konflikte zu bringen. Die Minderheit könnte sich in einem solchen Falle gezwungen sehen, wenigstens indirekt an Handlungen der öffentlichen Gewalt beteiligt zu sein, die mit ihrem Gewissen nicht vereinbar sind. Die Lösung dieses Problems sieht Messner in der Trennung von Staat und Kirche im Sinne einer freien Kirche im freien Staat, wobei der Gehalt dieser Formel durch die Berücksichtigung der Zwecke von Staat und Kirche bestimmt wird. Im Gegensatz zur Kirche, deren Aufgabe im Bereiche der religiösen und sittlichen, daher absoluten existentiellen Zwecke liegt, ist der Zweck des Staates außerhalb der religiösen Heilssphäre. Daher kann der Staat nie aus seiner Natur eine Berechtigung ableiten, das der Kirche durch ihre Mission vorgezeichnete Wirken einer auf das Staatsinteresse begründeten Kontrolle zu unterwerfen, "ein jedes solches "Staatskirchentum", wenn es gar bis zum Anspruch auf ein Recht des Verbotes oder der Guttheißung von Gebetsformeln durch den Staat (England) geht, ist eine offensichtliche Überschreitung der staatlichen Kompetenz"³⁴.

Für Klüber³⁵ ist der Staat die oberste und abschließende diesseitige Gemeinschaftsform, dessen Aufgabe in der Verwirklichung des irdischen Wohls und der natürlichen Entfaltung der Person besteht, im Unterschied zur Kirche, deren Wirken auf die überirdische Bestimmung und das übernatürliche Heil des Menschen gerichtet ist³⁶. Der Staat ist auf den Bereich des Endlichen und Irdischen beschränkt. Deshalb entzieht sich das Verhalten des Menschen zu Gott und zur Überwelt der Zuständigkeit des Staates. Klüber weist aber

33) Johannes Messner, a. a. O., S. 877.

34) Johannes Messner, a. a. O., S. 879.

35) Franz Klüber, Staat Teil II, katholisch, Sp. 2163, in: Ev. Staatslexikon.

36) Franz Klüber, Naturrecht als Ordnungsnorm der Gesellschaft, S. 133.

darauf hin, daß die Eigenständigkeit und Eigenwertigkeit des staatlichen Gemeinwohls nicht die Offenheit des Staates für die übernatürliche Bestimmung des Menschen ausschließt, was aber nicht bedeutet, "daß der Staat, wie es etwa die Staatslehre des Aristoteles gewollt hat, den einzelnen zur Tugend und Religiosität anleite ...".

Sehr eingehend hat sich Dabin³⁷ mit der Frage des Gemeinwohls und den Folgerungen, die sich hieraus für den Staat ergeben, auseinandergesetzt. Für Dabin ist der Staat nicht irgendeine Wirklichkeit, die außerhalb des Menschen und seines Willens steht. Der Staat besteht nur in und durch die Handlungen der Menschen, die ihn errichten und an ihm teilhaben. Sein Zweck liegt in der Verwirklichung des klassischen Begriffs des Gemeinwohls³⁸. Sein Inhalt bestimmt sich nach der Gesellschaft, deren Zweck in Frage steht, denn die Gemeinschaft des Universums oder der geschaffenen Welt, deren Gut Gott ist, wird unter dem Gemeinwohl etwas anderes verstehen als eine Gewerkschaft oder eine religiöse Kongregation, die sich der Heiligung ihrer Mitglieder widmet.

Das Subjekt des staatlichen Gemeinwohls ist die Allgemeinheit, jedermann, wie er sich undeterminiert in der Gruppe vorfindet. Die Allgemeinheit ist mehr als die Summe der besonderen Individuen, ebenso ist das Gemeinwohl etwas anderes als die Summe des Wohls der besonderen Individuen.

Da das Subjekt des Gemeinwohls die Allgemeinheit ist, entzieht sich auch die Verwirklichung des unmittelbaren, besonderen Wohls jedes Individuums jeder Gruppe der Kompetenz des Staates, weil sie nicht dem Zweck des Staates angehört³⁹. Das Gemeinwohl, für das der Staat zu sorgen hat, hat Bezug nur auf das Zeitliche unter Ausschluß des Spirituellen und Ewigen⁴⁰. Dabei wird von Dabin der Bereich des Zeitlichen verstanden als diejenigen Güter oder Werte, die das Leben des Menschen auf dieser Welt betreffen unter Abzug seines religiösen Daseins. Das Ewige verwendet er im Sinne religiöser Werte, wie Gott und Jenseits. Für Dabin ist die Souveränität im

37) Jean Dabin, *Der Staat oder Untersuchungen über das Politische*, in *Politica*, Bd. 6.

38) Dabin, a. a. O., S. 57; vgl. auch Arthur-Fridolin Utz, *Sozialethik*, I. Teil, Heidelberg 1958, S. 168.

39) Dabin, a. a. O., S. 242.

40) Dabin, a. a. O., S. 122.

wesentlichen relativ, da diese nur mit Bezug auf diejenigen Beziehungen besteht, die sie beherrscht. Daher ist der Staatszweck, die Verwirklichung des Gemeinwohls, zwar zugleich allgemein und übergeordnet, aber dennoch nur im Zeitlichen unter Ausschluß des Ewigen. Jedes Gut geistiger Ordnung, sei es das eines Individuums oder einer Gruppe oder das der Allgemeinheit (Idee des religiösen Allgemeinwohls), überschreitet die eigene und diesseitige Kompetenz des Staates.

Dabin verkennt auch nicht, daß das Religiöse Anforderungen an den Menschen stellt, sein Leben gestaltet und daher nicht auf den reinen Gottesdienst beschränkt sein kann. Nur fällt die Verantwortung für das religiöse Gemeingut nicht mehr dem Staat, sondern der Kirche zu. Da es nach Dabin nicht mehr Aufgabe des Staates ist, für das ewige Glück zu sorgen, kommt er zur Verurteilung der Staatskirche (das Genf Calvins) und der zivilen Religion von J.J. Rousseau.

Anders der totale Staat, der das Geistliche in das Zeitliche, das Besondere und Private in das Öffentliche aufsaugt, mit der Folge, daß alle menschlichen Bereiche dem Gemeinwohl zuzurechnen sind und die staatlichen Kompetenzen unbeschränkt sind.

d) Das Gemeinwohl als organisierende Funktion der menschlichen Gesellschaftlichkeit und der Bereich des Religiösen.

Daß der Bereich der Religionen und Weltanschauungen nicht vom Gemeinwohl umfaßt wird, ergibt sich daraus, daß das Gemeinwohl, wie Gundlach⁴¹ feststellt, wesentlich organisierende Funktion der menschlichen Gesellschaftlichkeit ist, ihren Bestand und ihr Bestehenbleiben daher notwendig voraussetzt. Der Integrations- und Organisationsprozeß ist aber auf Dauer ohne staatliche Gewalt nur durch die Einigkeit der zu Integrierenden gewährleistet.

Die Erfahrung lehrt, daß in Fragen der Weltanschauung und der Religion Einigkeit der Gemeinschaftsglieder in der Sache nicht erwartet werden kann. Legt sich der Staat dennoch inhaltlich fest, so trägt er von diesem Zeitpunkt an den Keim der Schwächung und Spaltung in sich. Mit der inhaltlichen Festlegung des Allgemeingültigen wird der andersdenkende Staatsbürger in

41) Gustav Gundlach SJ, Stichwort: "Gemeinwohl", in: Staatslexikon, 6. Aufl., 1959.

den Gegensatz zur Gemeinschaft gebracht, wird Fremdkörper und entsprechend behandelt⁴². Die Skala der möglichen Behandlungsarten reicht vom unmittelbaren Zwang über die Vorenthaltung bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte bis zur vollständigen Liquidierung⁴³.

Der weltanschaulich ausgerichtete Totalitarismus des 3. Reiches liefert mit seinen Konzentrationslagern hierfür beredtes Zeugnis.

Die staatserhaltende Einigkeit ist bei diesen Themen nur dadurch herzustellen, daß die Gemeinschaft diese Themen für staatlich unerheblich erklärt, sie aus der staatlichen Existenz ausklammert und in den unstaatlichen Bereich verweist⁴⁴. Erst die Ausklammerung schafft wieder Einigkeit, und

-
- 42) Nach Herbert Krüger, in: Konkordatsprozeß, Bd. III, S. 1083, gehört es zum Prinzip des Weltanschauungsstaates, eines Staates, der sich für einen bestimmten geistigen Gehalt, sei es einer offenbarten oder natürlichen Religion oder einer Ideologie, verschrieben hat, daß der Staat die Reinerhaltung, Festigung und Verbreitung dieses Gehalts als seine wichtigste Aufgabe betrachtet.
- 43) Helmut Thielecke, a. a. O., S. 47, weist darauf hin, daß im Gegensatz zur Selbstbehauptung der Wahrheit, zu der das Überzeugen gehört, zur Selbstbehauptung der Ideologien das "Zum-Schweigen-Bringen" gehört, das bis zur völligen Liquidierung führen kann. Der letzte Grund, warum der Ideologe den Gegner nicht nur nicht zu Wort kommen läßt, warum er ihn mundtot macht oder überhaupt tötet, liegt nach Ansicht Thieleckes darin, daß der Ideologe den feindlichen Wahrheitsanspruch nicht als eine wirkliche Widerlegung, sondern nur als Verdrängung auffaßt. "Ein im Geistigen verwurzelter Wahrheitsanspruch muß, wenn er außer Kraft gesetzt werden soll, widerlegt werden. Eine Dynamik dagegen (und nur unter diesem Gesichtspunkt wird ja der feindliche Wahrheitsanspruch gewertet) kann nur vernichtet, oder, wenn ich ihn einmal ausgesetzt bin, verdrängt werden. Verdrängungsakte überwinden aber bekanntlich das Verdrängte nicht, sondern sie konservieren es geradezu, indem sie es in tiefere psychische Schichten verlagern. Es wird also in eine Art Inkubationszustand versetzt, aus dem es bei geeignetem Anlaß wieder heraustreten und virulent werden kann.
- 44) Es handelt sich hierbei um die Anwendung des von Herbert Krüger entwickelten Prinzips der Nichtidentifikation auf die sich aus der Festlegung des Staates auf den Dienst am Gemeinwohl ergebende besondere Ausgangslage. Zum Prinzip der Nichtidentifikation siehe Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 178 ff.

zwar darüber, daß man sich in den betreffenden Materien nicht einig werden kann, daß daher ihre Behandlung und erst recht ihre Entscheidung durch die Allgemeinheit zu unterbleiben hat. Diese Gewißheit schafft das gegenseitige Vertrauen und die Spontaneität, die eine staatliche Gruppe erst zusammenhalten.

e) Der Einfluß des Menschenbildes auf die Bestimmung der vom Gemeinwohl umfaßten Aufgaben.

Daß das Gemeinwohl nicht die Bereiche des Religiösen und Weltanschaulichen umfaßt, ergibt sich aber auch aus den Bestimmungen des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung. In der ausdrücklichen Festlegung des Staates auf den Dienst am Gemeinwohl kommt, wie sich aus der Formulierung "dient" entnehmen läßt, zum Ausdruck, daß der Staat nicht Staat um seiner selbst willen ist, daß er seinen Zweck nicht in sich selbst, in seiner Machtentfaltung findet, sondern daß er nur durch und für die Menschen geschaffen ist. Nicht der Mensch ist um des Staates willen, sondern der Staat um des Menschen willen geschaffen⁴⁵.

Ist aber der Mensch Mittelpunkt der staatlichen Zwecke, so wird das Verständnis des Gemeinwohls wesentlich von dem Bild des Menschen geprägt⁴⁶, das dem Staat zugrunde liegt.

f) Das Menschenbild des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung.

In den Vordergrund stellen sowohl die Bayerische Verfassung als auch das Grundgesetz nicht das unabhängige, von jeder Bindung freie Individuum, ebensowenig den als selbständige Einheit negierten und in ein Bündel verschiedener Funktionen ohne eigene Entscheidungsbefugnis aufgelösten Menschen. Das Menschenbild des Grundgesetzes ist, wie das BVerfG⁴⁷ betont, "nicht das eines isolierten, souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten". In den Vordergrund der Verfassung

45) Vgl. Art. 1 Satz 1 des Herrenchiemseer Entwurfs.

46) Siehe auch Cornelius-Adalbert von Heyl, Gemeinwohl, Sp. 611, in: Ev. Staatslexikon.

47) BVerfGE 4, 15 ff; 7, 323; 8, 329.

ist die menschliche Person gerückt. Die Anerkennung der Gemeinschaftsbezogenheit schließt die Individualität nicht aus. Im Gegenteil. Die Person muß Individuum bleiben und sich ihrer Individualität bewußt sein, damit der Mensch sich dem anderen zuwenden, ihm etwas bedeuten und geben kann. Es wäre, wie Klüber⁴⁸ bemerkt, ein Irrtum anzunehmen, Gemeinschaft bedeute Gemeinsamkeit in allem, in den materiellen und geistigen Dingen, in den Überzeugungen und Zielen, bedeute Verzicht auf Unterschiede und Vorbehalte.

g) Die Sphäre des Privaten und des Gemeinschaftlichen.

Die Anerkennung der Individualität und Gemeinschaftsbezogenheit als Komponenten⁴⁹ der menschlichen Personalität durch die Gemeinschaft gewährleistet dem Menschen eine Sphäre, in der die Person um sich selbst weiß, sich selbst besitzt, über sich selbst verfügen, mit einem Wort, ihr Ich verwirklichen kann⁵⁰.

Sie beschränkt zugleich den Bereich des Staatlichen auf die Erfüllung derjenigen Aufgaben, die alle Bürger in ihrer gemeinschaftlichen Verbundenheit betreffen. Nur die Anerkennung der Sphären des Besonderen und Allgemeinen und die damit verbundene Scheidung der jeweiligen Aufgaben gewährleistet, daß der Mensch, der durch seine natürliche Doppelstruktur zur gleichen Zeit in die Eigenregion des Selbstseins und in die Sozialwelt ragt⁵¹, nicht organisch zerrissen wird.

h) Abgrenzung dieser Sphären des Privaten und Gemeinschaftlichen im modernen Staat.

Die Abgrenzung der Sphären des Privaten und des Gemeinschaftlichen wird im modernen Staat durch die Statuierung der Grundrechte, in Gestalt der Freiheitsrechte, bewirkt⁵². Die Freiheitsrechte fassen die Einmaligkeit des Menschen, den Menschen in seiner Unvertretbarkeit, ins Auge. Der übrige Teil

48) Klüber, Naturrecht als Ordnungsnorm der Gesellschaft, S. 144; Messner, a. a. O., S. 149, 201.

49) Siehe hierzu Klüber, a. a. O., S. 54 ff; Herbert Kühn, Persönlichkeit und Gemeinschaft, S. 8.

50) Marcic, Mensch-Recht-Kosmos, S. 34.

51) Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 319.

52) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 527.

der Rechtsordnung fixiert den Menschen in seinem sozialen Standort⁵³.

i) Die Funktion der Freiheitsrechte in Bezug auf die vom Gemeinwohl umschriebenen Aufgaben.

Da der Staat aber ausschließlich dem Dienst am Gemeinwohl verpflichtet ist, die Freiheitsrechte andererseits eine dem Individuum vorbehaltene staatsfreie Sphäre sichern, ergibt sich, daß das Gemeinwohl nicht die von den Freiheitsrechten umgrenzte Sphäre umfaßt. Die Funktion der Freiheitsrechte liegt daher in der Klarstellung, daß die Behandlung der von ihnen umschriebenen Materien durch den Staat nicht dem Gemeinwohl dient und die dennoch erfolgende Behandlung durch den Staat illegitim⁵⁴.

Art. 107 BV, Art. 4 GG in Verbindung mit Art. 3 Satz 2 BV stellen demnach fest, daß die Materien des Glaubens und des Bekenntnisses von Glaubenswahrheiten nicht unter die vom Staat zu behandelnden Aufgaben fallen,

53) Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 319.

54) Die Exemption des Staates aus dem Bereich des Religiösen und Weltanschaulichen bedeutet umgekehrt Freiheit des Bürgers. Zwar nicht, wie immer wieder erklärt wird, Freiheit des Bürgers vom Staat, so als ob der Staat etwas außerhalb seiner Bürger Bestehendes wäre, sondern Freiheit des Bürgers zu etwas, zum Glauben, zur weltanschaulich geprägten Überzeugung.

Nur dieser positiv verstandene Inhalt der Freiheitsrechte entspricht der Beschränkung staatlicher Aufgaben; siehe hierzu auch Bäumlin, Rechtsstaat III, S. 3, in: Ev. Staatslexikon; Hesse, a. a. O., S. 114, 115.

daß ihre Behandlung durch den Staat nicht dem Gemeinwohl dient⁵⁵, und daß demnach der Staat weder Kompetenz hat, sich auf einen Glauben festzulegen, noch Glaubenswahrheiten zu bekennen. Wenn aber der Staat sich schon nicht auf einen Glauben festlegen darf, so ist ihm erst recht verwehrt, seine Bürger zu einem bestimmten Glauben anzuhalten.

-
- 55) Treffend bemerkt Krüger, a.a.O., S. 184, daß das, was sich seitens des Staates als Dahingestelltseinlassen, als Ausklammern ergeben hat, sich von seiten des Bürgers aus gesehen als allseitiges Einverständnis erweist, um der Chance für alle willen auf die Inanspruchnahme des Staates für die Durchsetzung von Idealen abzusehen. Wer nämlich für die Identifikation des Staates eintritt, und er wird es nur tun, wenn er hoffen kann, daß der Staat sich gerade für seine Ideale erwärmen wird, läuft Gefahr, daß der Staat sich für die Ideale entscheidet, denen er nicht zustimmen kann, mit der Folge, daß er oft nicht einmal seine Ideale gefahrlos bekennen darf. Durch die Ausklammerung des Religiösen und Weltanschaulichen hingegen muß der Bürger zwar darauf verzichten, daß der Staat seine, des Bürgers, Ideale gegen Andersdenkende mit den typisch staatlichen Mitteln durchsetzt, andererseits hat er die Sicherheit, daß er selbst nicht in den Strudel staatlicher Ideologien gerät. Die Sicherung dieser Freiheit erfordert daher den allseitigen Verzicht der Bürger und Interessengruppen eines Landes auf Inanspruchnahme des Staates zur Förderung und Verbreitung ihrer Ideale gegenüber den Andersdenkenden und Gleichgültigen. Gerade hierin wird aber die Gefährdung dieser Freiheit sichtbar, die darin besteht, daß derjenige, der sich ihrer Segnungen erfreut, allzu leicht vergißt, welchen Kräften er sie verdankt. An Versuchen gerade im konfessionellen Bereich hat es nicht gefehlt (siehe hierzu Simon, Konfessionalisierung des Rechts, 1962, S. 13, der auch die gerade vom Christen zu wenig beachtete Frage aufwirft, ob es genuin christlich sei, der für Christen und Nichtchristen gleichermaßen verbindlichen Rechtsordnung aufweisbar christliche Prägung zu geben). Diese Gefahr besteht umso mehr, als der Ruf nach der Staatsgewalt meistens dann erfolgt, wenn man sich dabei der Zustimmung weiter Kreise sicher ist. Diese Freiheit aber, infolge breiter Mehrheitsverhältnisse durchsetzen zu können, was einem beliebt, ist, wie Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte, in: Recht und Staat, 1964, Nr. 177, S. 33, feststellt, eine zweifelhafte, ja gefährliche Freiheit, da Machtverhältnisse sich schnell ändern können.

3. Art. 107 BV, Art. 4 GG als negative staatliche Kompetenzbestimmungen.

In Art. 131 II BV kommt, wie oben gezeigt¹, das Bekenntnis des Bayerischen Staates zum Glauben an Gott zum Ausdruck¹. Dabei beschränkt sich der Staat nicht nur auf das Bekennen, sondern fördert das Bekenntnis auch dadurch, daß er die Schüler im Glauben an Gott erziehen läßt.

Nach einhelliger Ansicht kann sich der Staat hierbei weder auf die Glaubens- und Gewissens- noch auf die Bekenntnisfreiheit berufen². Der Staat ist ja gerade der konstitutionelle Widersacher und Gegenspieler der Grundrechte. Maunz-Dürig spricht davon, daß es Unsinn sei, wollte man den Staat zum Nutznießer der gegen ihn gerichteten Grundrechte machen. Im Gesamtstaatsaufbau gibt es keine subjektiven Rechte, schon gar keine Grundrechte, sondern lediglich institutionelle Kompetenzen und Zuständigkeiten.

Die Frage ist, ob ein staatliches Bekenntnis durch die Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit ausgeschlossen ist.

Die Beantwortung hängt davon ab, welche Bedeutung man Art. 4 GG, Art. 107 BV in Richtung auf den Staat zukommen läßt.

- a) Die Glaubensfreiheit und das religiöse Bekenntnis des Staates
- aa) im Mittelalter.

Historisch gesehen schließt die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit eine Staatsreligion nicht aus. Die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit entstand ja gerade im sich bekennenden Staat und sollte dem Individuum einen umgrenzten Bereich schaffen, in dem es ohne staatlichen Zwang seinem Glauben gemäß leben konnte.

Dem gesamten Mittelalter war der Begriff der individuellen Bekenntnisfreiheit vollkommen fremd. Überall wurde der härteste Bekenntniszwang ausgeübt³. Der Zwang geschah zum Wohle derer, die ihn erlitten, zu ihrem

1) Ebenso im Vorspruch der Verfassung des Freistaates Bayern; s. von Mangoldt-Klein, Präambel III, Fußnote 2, S. 42.

2) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2, Abs. 1, Rdnr. 67 und Anm. 1; Arndt, NJW 59, 7 mit Anm. 12; Dürig, in: Festschrift für Apelt, S. 39 ff.

3) Vgl. J. K. Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, Neudruck der Ausgabe, Stuttgart 1885, Scientia Verlag Aalen 1965, S. 391 ff.

ewigen Heile. Die bestehenden Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Zwanges wurden im Anschluß an Augustin mit dem Hinweis ausgeräumt, daß man nicht darauf sehen solle, daß sie, sondern wozu sie gezwungen werden, wovon sie abgerufen werden. Vom Bösen und Unerlaubten abzuhalten, sei keine Verfolgung, sondern Besserung⁴. Die Ketzerei war ein auch von der weltlichen Gewalt zu ahndendes Verbrechen⁵. Treffend erklärt Bluntschli⁶, daß der Theologe den Staatsmann zu seinem Büttel gemacht habe. Nur der rechtgläubige, römisch-katholische Christ war rechtsfähig⁷. Erst durch die Reformation wurde dieses System durchbrochen, aber noch nicht beseitigt. Die Gewissensfreiheit der Reformatoren verbot dem Staat nur, dem Bürger seinen abweichenden Glauben aufzuzwingen. Dieses Verbot bestand, weil der Zwang ein untaugliches Mittel war, das Herz zu bekehren, und weil von den Reformatoren in Gewissensfragen eine iurisdiction ausgeschlossen wurde^{8,9}.

Luther kannte nicht das persönliche Gewissen als Begründung religiöser Freiheit. Er trat für das durch die Schrift gebundene Gewissen ein und lehrte, daß sein Verständnis des Gotteswortes mit dem Worte Gottes (=Evangelium)¹⁰

4) Bluntschli, a. a. O., S. 391.

5) Vgl. Sachsenspiegel, 2. Buch, XIII 7: "Welch kristen man ungeloubig ist adir mit zoubere ummeget adir mit vergiffenisse unde des verwunden wirt, den sal man uffe der hort burnen". hort = Flechtwerk, auf dem der Täter verbrannt wurde.

6) Bluntschli, a. a. O., S. 394.

7) Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Leipzig 1881, S. 383; Ludwig von Rönne, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., Bd. 1, 1876, S. 175.

8) W. Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner IV, 1 (1960), S. 39.

9) Vgl. Luther; Traktat von der Beicht, zitiert nach Bluntschli, a. a. O., S. 385 "Darum ob weltlich Gewalt sich vermißt den Seelen Gesetz zu geben, da greift sie Gott in sein Regiment und verführt und verderbt nur die Seelen. Gott allein erkennt nur die Herzen, darum ist es unmöglich und umsonst, jemanden zu gebieten oder mit Gewalt zu zwingen, so oder so zu glauben".

10) Ebeling, Luther II, S. 506, in: Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, 3. Aufl., Tübingen 1960: "Wort Gottes ist als "verbum fidei" eo ipso Evangelium.

gleichsetzte, jede Autorität aller bisher geglaubten äußeren Instanzen ebenso wie die Berufung seiner Gegner oder abweichender reformatorischer Gruppen auf das Gewissen mit leidenschaftlicher Intoleranz ab¹¹. Dem evangelischen Fürsten war die Sorge für den wahren Glauben seiner Untertanen für die Einheit des Glaubens als Element der öffentlichen Ordnung aufgegeben. Die Freiheit des Gewissens war nur auf das *forum internum* beschränkt, während das freie Bekenntnis des Irrglaubens noch bestraft wurde. Die Gewissensfreiheit der Reformatoren bestand daher nur darin, daß ein nicht geäußelter Irrglauben nicht strafbar war¹².

ab) im Augsburger Religionsfrieden.

Der Augsburger Religionsfriede von 1555 gewährte nicht Religionsfreiheit sondern nur Wahlfreiheit zwischen der katholischen und der augsburgischen Konfession¹³. Sie galt nicht für jedermann. Er garantierte nur den Reichsständen und Reichsrittern das Recht, sich einer der beiden Konfessionen anzuschließen und ihren Untertanen, die dem Religionsbann unterstanden, die Annahme des gleichen Bekenntnisses vorzuschreiben¹⁴. Das *ius reformandi* war seit dem Reichstag zu Speyer von 1526 reichsrechtlich anerkannt und hatte die Folge, daß die Befugnis zur Entscheidung in Glaubenssachen zum landesherrlichen Kirchenregiment trat¹⁵.

11) Heribert Raab, Kirche und Staat von der Mitte des 15. Jahrhunderts bis zur Gegenwart, 1966, S. 39.

12) Vgl. W. Hamel, a.a.O., S. 40.

13) Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdnr.13.

14) Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 1967, S. 22.

15) § 4 des Abschieds des Reichstags zu Speyer 27.8.1526: "Demnach haben Wir, auch Churfürsten, Fürsten, und Ständen des Reichs, und derselben Botschaften, Uns jetzo allhie auf diesm Reichstag einmütiglich verglichen und vereiniget, mitler Zeit deß Concilii, oder aber National-Versammlung nicht desto minder mit Unsern Unterthanen, ein jeglicher in Sachen, so das Edict, durch Kayserl. Majest. auf dem Reichstag zu Wormbs gehalten, außgangen, belangen möchten, für sich also zu leben, zu regieren und zu halten, wie ein jeder solches gegen Gott und Kayserl. Majestät hoffet und vertraut zu verantworten...", zitiert nach Raab, a.a.O., S. 162.

Der staatliche Glaubenszwang war danach nicht aufgehoben, sondern wechselte vom Kaiser auf die Landesherren¹⁶. Erste Ansätze einer Untertanenfreiheit zeigten sich im *beneficium emigrationis*¹⁷. Es gewährleistete dem Untertanen eines weltlichen Fürsten das Recht des Freien Abzugs in konfessionsverwandte Territorien, wenn sie der gebotenen Religion nicht folgen wollten.

ac) im Westfälischen Frieden.

Der Westfälische Friede brachte eine neue konfessionsrechtliche Regelung im Reich. Er hatte sich aber nur die Aufgabe gestellt, die rechtliche Stellung der evangelischen und katholischen Konfession nach dem Prinzip der vollkommensten Rechtsgleichheit zu ordnen^{18, 19}. Das *ius reformandi* wurde als Ausfluß der Landeshoheit anerkannt. Es erfuhr aber insoweit eine Einschränkung, als diejenigen protestantischen Untertanen katholischer Landesherren und katholischen Untertanen protestantischer Landesherren, die sich am 1. Januar des als Normaljahr²⁰ festgesetzten Jahres 1624 in der faktischen Ausübung einer öffentlichen oder privaten Religion befunden haben, in diesem Besitzstand belassen wurden. Auch in den anderen Territorien mußte der Landesherr den Angehörigen der anderen Konfession, wenn er sie nicht zur Auswanderung zwang, die vollen bürgerlichen Rechte, die Hausandacht und ein ehrliches, kirchliches Begräbnis zugestehen²¹.

16) Die Auffassung, daß der weltlichen Gewalt auch das geistliche Regiment zustehe, durchzieht alle Kirchenordnungen dieser Zeit, unabhängig davon, ob diese von den Fürsten oder städtischen Obrigkeiten ausgehen.

17) Zippelius, a. a. O., Art. 4, Rdnr. 13. In der Praxis dagegen kam das *beneficium emigrationis* einer obrigkeitlichen Ausweisungsbefugnis näher.

18) Zoepfl, Grundsätze des allgem. und deutschen Staatsrechts, Leipzig und Heidelberg 1856, Bd. II, S. 823.

19) Bei allen Angelegenheiten, die unmittelbar oder mittelbar die Religion betrafen, sollte der Reichstag fortan nicht mehr durch Mehrheitsbeschluß entscheiden, sondern in evangelische und katholische Reichsstände auseinanderreten (*Itio in Partes*) und dann durch gütlichen Vergleich entscheiden.

20) Keine Geltung hatte das Normaljahr in den österreichischen Erbländen.

21) I. P. O. V § 34, 35.

Das ius emigrandi blieb erhalten^{22, 23}. Das reformierte Bekenntnis wurde der Augsbургischen Konfession gleichgestellt. Da immer noch die Hoffnung einer Wiedervereinigung bestand²⁴, wollte man neue Sekten und Religionen nicht zulassen²⁵. Daher blieben auch die gegen das Sektenwesen ergangenen früheren Reichsgesetze nach dem Westfälischen Frieden in Kraft.

Der Westfälische Friede beschloß die Epoche der Kämpfe um den Glauben und die religiöse Grundlage des Reiches. Mit ihm wurde die katholische Basis aufgegeben. Das Reich stand nunmehr auf den Säulen der katholischen und protestantischen Religion. Gemäß der Auffassung, daß der Staat um seiner Einheit und Ruhe willen auf die Einheit des religiösen Bekenntnisses und der Reinerhaltung der christlichen Lehre und Zucht nicht verzichten könne, fühlte sich der Landesherr für die Rechtgläubigkeit und christliche Zucht seiner Untertanen weiterhin verantwortlich.

Zwar spricht Art. V § 34 von Gewissensfreiheit, doch kann das Recht auf Hausandacht, das sich hier als Gewissensfreiheit abzuzeichnen beginnt, wegen der Beschränkung auf die reichsrechtlich anerkannten Konfessionen noch nicht als Grund- oder Menschenrecht anerkannt werden²⁶.

-
- 22) I. P. O. V § 36 "Wenn aber ein Untertan, der im Jahre 1624 weder öffentliche oder private Religionsausübung gehabt hat oder auch nach der Veröffentlichung des Friedens die Religion wechseln wird, freiwillig auswandern will oder dazu vom Landesherrn den Befehl erhält, soll es ihm freistehen, beim Wegzug seine Güter zu behalten oder zu veräußern oder die, die er behält, durch Angestellte zu verwalten oder sie sooft als nötig zur Berücksichtigung seiner Sachen oder Erledigung von Rechtsstreitigkeiten oder Eintreibung von Schulden frei und ohne Geleitbrief aufzusuchen." Zitiert nach Raab, a. a. O., S. 176.
- 23) Die Auswanderungsfreiheit wurde später in der Deutschen Bundesakte von 1815 in Art. 18 grundrechtlich gesichert.
- 24) Vgl. I. P. O. V § 1 "bis man sich durch Gottes Gnade wegen der Religion selbst wird geeinigt haben".
- 25) Heinrich J. Scholler, Die Freiheit des Gewissens, 1958, S. 51; Schulze, a. a. O., S. 384.
- 26) Scholler, a. a. O., S. 51; v. Rönne, a. a. O., S. 175; Forsthoff, a. a. O., S. 32.

Die rechtliche Gleichstellung aller Gewissensentscheidungen hob erst mit der spiritualistischen Anschauung an, daß jedes Gewissen, auch das irrende, Gefäß und Werkzeug des Geistes Gottes sei, also im Gewissen jedes einzelnen das innere Licht²⁷ des Geistes leuchte²⁸.

ad) Staatsreligion und Glaubensfreiheit im Zeitalter des Absolutismus und der Aufklärung in Preußen.

Unter den säkularen und rationalen Anschauungen von Thomasius, Voltaire und Suarez setzt sich die Auffassung in Preußen durch, daß es nicht die Aufgabe des Landesherrn sei, für die Seligkeit seiner Untertanen zu sorgen, sie von einer falschen zur wahren Religion zu führen²⁹.

Ebenso sei es für die Einheit des Staates nicht erforderlich, daß sich die Untertanen zu einer Religion bekennen. Demgemäß sichert Preußen allen seinen Untertanen Glaubens- und Gewissensfreiheit zu. Doch verstand man hierunter in Anlehnung an die Grundsätze des Westfälischen Friedens nur die Freiheit der ungestörten Hausandacht. War diese im Westfälischen Frieden noch auf die drei Reichskonfessionen beschränkt, so wurde sie jetzt im Woellnerschen Religionsedikt von 1788 auf alle Einwohner Preußens erweitert³⁰. Gleichzeitig wurde dem König aber noch das Recht zugestanden, das Volk in dem wahren Christentum treu und unverfälscht durch Lehrer und Prediger unterrichten zu lassen.

Das Woellnersche Religionsedikt³¹ bedeutete trotz der Gewährleistung der Gewissensfreiheit einen Rückfall in das landesherrliche Kirchenregiment,

27) Der Gedanke des inneren Lichtes taucht z. B. in der Verfassung von Pennsylvania 1776 auf: "And Almighty God being the only Lord of Conscience, Father of Lights and Spirits. . ."; Scholler, a. a. O., S. 37, Fußnote 15, weist darauf hin, daß der Gedanke des "inneren Lichtes" schon bei den Mystikern als Seelenfunken (Funkilin des Meister Eckhard) Ausdruck für das Gewissenserlebnis war.

28) Hamel, a. a. O., S. 40.

29) Vgl. das politische Testament Friedrichs II. von 1768: "Denn es geht den Staat nichts an, welche metaphysische Anschauung im Menschenhirn wohnt; genug, wenn jedermann sich als guter Staatsbürger und Patriot benimmt . . .".

30) Hamel, a. a. O., S. 43.

31) Zur Beurteilung des Woellnerschen Religionsedikts: Siehe Scholler, a. a. O., S. 57, und die dort in Fußnote 8 angegebene Literatur.

da dem Landesherrn wieder die Aufsicht über die Reinheit der christlichen Lehre und die Sorge um das Seelenheil seiner Untertanen obliegen sollte³².

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 garantierte jedem Einwohner vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie das Recht auf Hausandacht³³. Es räumte den drei Reichskonfessionen die gleiche Rechtsstellung ein, womit aber die imparitätische Behandlung der Konfessionen noch nicht beseitigt wurde. Preußen fühlte sich auch weiterhin als protestantischer Staat³⁴.

Der Inhalt der Glaubensfreiheit besteht im wesentlichen darin, daß der Glaube, der als der Begriff der Einwohner des Staates von Gott und den göttlichen Dingen bezeichnet wird, nicht Gegenstand von Zwangsgesetzen sein kann³⁵.

Die Abkehr von der Auffassung des Woellnerschen Religionsedikts, daß der Landesherr die Pflicht habe, über die Reinheit der christlichen Lehre und das Seelenheil der Untertanen zu wachen, kommt in Teil II, 11 Tit. § 3 des ALR

32) Nach Raab, a. a. O., S. 68, war es das eigentliche Ziel des Religionsedikts, die Aufklärung innerhalb der Kirchen auszuschalten, die Geistlichkeit unter Strafe auf "einen bestimmten und festgesetzten Lehrbegriff der jedesmaligen Religionspartei" zu verpflichten. Obwohl die Bestimmungen des Edikts durch das ALR überwunden wurden, wirkt die dem Edikt zugrunde liegende Auffassung auch nach der Entlassung Woellners weiter. Dies zeigt sich in der Inanspruchnahme weitgehender Herrscherrechte durch Wilhelm III. bei der Einführung eines neuen Gesangbuchs und einer neuen Agende für die evangelische Kirche und die Einführung des Taufzwangs 1802, gegen den selbst das geistliche Department in Berlin die Meinung vertrat, daß ein Kind christlicher Eltern auch ohne Taufe aufgrund des Landrechts der bürgerlichen Rechte fähig sei.

33) 11 Tit. § 1: Die Begriffe der Einwohner des Staates von Gott und den göttlichen Dingen, der Glaube und der innere Gottesdienst können kein Gegenstand von Zwangsgesetzen sein. § 2: Jedem Einwohner im Staat muß eine vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit gestattet werden. § 3: Niemand ist schuldig, über seine Privatmeinungen in Religions-sachen Vorschriften vom Staat anzunehmen.

34) Raab, a. a. O., S. 68.

35) Scholler, a. a. O., S. 58.

zum Ausdruck: "Niemand ist schuldig, über seine Privatmeinungen in Religionsachen Vorschriften vom Staate anzunehmen". Der Reichsdeputationshauptschluß hatte den konfessionellen Besitzstand des Jahres 1803 sowie die freie Religionsausübung der bisherigen Konfessionen garantiert und es den Landesherren freigestellt, bisher nicht zugelassene Bekenntnisse zu dulden³⁶.

ae) Die Regelung der Wiener Bundesakte.

Die Wiener Bundesakte ging in Art. XVI noch nicht über die Bestimmung hinaus, daß die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien in den Landen und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte begründen könne³⁷. Unter den christlichen Religionsparteien verstand man die katholische, lutherische und reformierte Konfession. Die Toleranz den einzelnen Staatsbürgern christlicher Religion gegenüber durfte nicht beschränkt werden. Das Maß ihrer bürgerlichen und politischen Rechte mußte gleich sein. Wohl aber konnte der Landesherr den einzelnen Religionsgemeinschaften gegenüber ein verschiedenes Maß von Kultusfreiheit gewähren³⁸. Eine einheitliche Verbesserung der Rechtsstellung der Juden wurde zwar in Aussicht gestellt, aber dann doch nicht verwirklicht³⁹. Da es keineswegs in der Absicht der Gründer der Bundesakte lag, auch den Anhängern irgendeiner schon bestehenden oder künftig entstehenden Sekte gleichfalls den Vollgenuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte im Reich zuzusichern, durften auch weiterhin die Sekten ausgeschlossen werden.

af) Die "individuelle Bekenntnisfreiheit".

Die Bekenntnisfreiheit - die Freiheit des Menschen, seinen Glauben und die Entscheidungen seines Gewissens ohne jede Beeinträchtigung im privaten und öffentlichen Leben zu vollziehen - kam in Europa der Sache nach erst mit der französischen Charte vom 14. 8. 1830 zum Durchbruch^{40, 41}.

36) Schulze, a. a. O., S. 384; RDHS § 63.

37) Grotefend, a. a. O., S. 43; Hamel, S. 45.

38) Zoepfl, a. a. O., Bd. II, S. 828.

39) Zoepfl, a. a. O., Bd. II, S. 827.

40) Hamel, a. a. O., S. 45.

41) Art. 5: "Chacun professe sa religion avec une égale liberté et obtient pour son culte la même protection".

ag) Die Bekenntnisfreiheit in der preußischen Verfassung von 1850.

Den Spiritualisierungstendenzen folgend, die sich schon im ALR bemerkbar gemacht hatten⁴², gewährleistet die oktroyierte preußische Verfassung von 1848 und die revidierte preußische Verfassung von 1850 statt der vollen Glaubens- und Gewissensfreiheit die Bekenntnisfreiheit. Da Art. 12 der Verfassung von 1850 die Freiheit der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Religionsausübung gewährleistet, war es auch verfassungsrechtlich nicht mehr geboten, die einfache Hausandacht als überkommenen Inhalt der vollen Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Verfassung zu verankern⁴³. Hatte bis zum Jahre 1848 das Religionsbekenntnis einen wesentlichen Einfluß auf die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und gewährten die Einzelstaaten vor 1848 regelmäßig als allgemeines staatsbürgerliches Recht nur das Recht auf einfache Hausandacht, so macht Art. 12 in Anlehnung an Art. 5 der Frankfurter Reichsverfassung den Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte unabhängig vom religiösen Bekenntnis^{44, 45}.

ah) Das Bekenntnis der preußischen Verfassung zum christlichen Staat.

Zeigt Art. 12, in welchem Maße sich der Freiheitstraum des Individuums erweiterte, so unterstreicht Art. 13, mehr noch Art. 14, den Vorrang der christlichen Kirche und den christlichen Charakter des Staates⁴⁶. Dies war eine klare Absage⁴⁷ an Art. 5, § 147 der Frankfurter Reichsverfassung, in

42) Vgl. die Formulierung des pr. ALR von 1794, Tit. 11, § 1 "... und der innere Gottesdienst können ...".

43) Scholler, a.a.O., S. 60.

44) Schulze, a.a.O., S. 385.

45) Anders noch die VU von Kurhessen 1852; § 20 "Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist von dem christlichen Glaubensbekenntnis abhängig, vorbehaltlich derjenigen Ausnahmen, welche durch besondere Gesetze bestimmt sind".

46) Raab, a.a.O., S. 106.

47) Schulze, a.a.O., S. 385.

der bestimmt war, daß keine Religionsgesellschaft vor anderen Vorrechte durch den Staat genießen soll⁴⁸.

ai) Die individuelle Bekenntnisfreiheit in Bayern.

Dem Bayerischen Verfassungsrecht ist zwar im 19. Jahrhundert der Begriff der individuellen Bekenntnisfreiheit nicht fremd, sein Inhalt besteht jedoch nur in der Gewährleistung der einfachen Hausandacht, die als unmittelbare Folge der individuellen Bekenntnisfreiheit bezeichnet wird.

Bayern hielt als katholisches Land sehr viel länger an den durch den Westfälischen Frieden geschaffenen Verfassungsinstitutionen fest. Es gewährleistet in Titel IV, § 9 der Verfassungsurkunde von 1818 und in den §§ 1, 2, der 2. Verfassungsbeilage zu Titel IV, § 9 vom 17. Juni 1818 jedem Einwohner vollkommene Gewissensfreiheit. Die nicht christlichen Glaubensgenossen

48) Die Richtung, die mit Art. V, § 147 der Frankfurter Reichsverfassung eingeschlagen werden sollte, erhellt aus der Rede von Joseph Maria von Radowitz über das Verhältnis der Kirche zum Staat, gehalten vor der Frankfurter Nationalversammlung am 24. August 1848 (zitiert nach Raab, a. a. O., S. 244): "Gleichzeitig hat er (der Staat) den christlichen Charakter abgelegt, indem er die Gleichberechtigung aller Religionen und religiösen Ansichten zum obersten Satze seiner Verfassung erhoben hat. Ob man darüber jubele oder trauere, kommt es nicht an, es ist Tatsache. Dann aber wolle man auch die nothwendigen Folgerungen nicht abweisen. Man wolle erkennen, daß das bisherige Verhältnis zwischen Kirche und Staat voll gelöst, seine Fortsetzung unter anderen Formen unmöglich und eine neue Schöpfung unerläßlich sei". Die Aufhebung dieses Artikels begründen Zoepfl (a. a. O., Bd. II, S. 236, Fußnote 12) damit, "daß die deutschen Staaten bei ihren Staatseinrichtungen ebenso wenig die Grundsätze aller vorhandenen oder entstehenden Sekten berücksichtigen, als die der längst reichsgrundsätzlich anerkannten katholischen und evangelischen Kirche unberücksichtigt lassen könnten". Durch Beschluß Nr. 18 des Unionparlaments zu Erfurt, ausgefertigt am 27. April 1850, wurde in Art. V die Bestimmung aufgenommen, "Die christliche Religion wird bei denjenigen Einrichtungen des Staates, welche mit der Religionsausübung in Zusammenhang stehen, unbeschadet der bestehenden Religionsfreiheit, zu Grunde gelegt". Gleichlautend findet sich diese Bestimmung in Art. 14 der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850.

erhielten aber an den staatsbürgerlichen Rechten nur in beschränktem Maße Anteil⁴⁹. Die Wirkung der vollkommenen Gewissensfreiheit bestand darin, daß in Gegenständen des Glaubens und Gewissens niemand einem Zwang unterworfen ist und niemandem, zu welcher Religion er sich auch bekennt, die einfache Hausandacht verwehrt werden darf. Die einfache Hausandacht ist nach Ansicht des Kgl. Bayer. VGH⁵⁰ gleichbedeutend mit häuslicher Gottesverehrung im Kreise der Angehörigen. Die Bezeichnung "vollkommene Glaubensfreiheit" drückt nur aus, daß es jedem freisteht, nicht etwa nur zwischen den drei privilegierten Konfessionen zu wählen, sondern daß jeder sein Bekenntnis frei bestimmen und in seinem Haus ohne irgendeinen staatlichen Zwang im Kreise der Familie Gott verehren kann.

b) Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit in der WRV.

Die WRV enthält in Art. 135, wenn auch in verkürzter Form, die gleiche Garantie wie die Reichsverfassung von 1849.

Sie gewährt in Art. 135 WRV volle Glaubens- und Gewissensfreiheit⁵¹. Anschütz⁵² setzt die volle Glaubens- und Gewissensfreiheit mit der in Art. 12 der Preußischen Verfassung von 1850 genannten Bekenntnisfreiheit

49) Tit. IV, § 9, Abs. III: "Die nicht christlichen Glaubens-Genossen haben zwar vollkommene Gewissens-Freyheit; sie erhalten aber an den staatsbürgerlichen Rechten nur in dem Maaße einen Antheil, wie ihnen derselbe in den organischen Edicten über ihre Aufnahme in die Staats-Gesellschaft zugesichert ist". Der Halbsatz 2 wurde durch das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 über die Gleichberichtigung der Konfessionen abgeändert (eingeführt in Bayern durch RG vom 22. April 1871); vgl. hierzu Piloty-von Sutner, Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern, München 1907, 2. Aufl., Tit. IV, § 9, Anm. 3, S. 25.

50) Sammlung von Entscheidungen des Kgl. Bayer. VGH, Bd. 3, 222, 227; Bd. 17, 72.

51) Deutlich beeinflusst vom Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte des einzelnen gegen staatliche Zwangseingriffe in eine geschützte Individualsphäre, als Gewährleistung der Freiheit vom Staat, löst J. Hatschek, Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1930, S. 223, die Glaubensfreiheit in einen Katalog verschiedener Freiheitsrechte auf.

52) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches (1933), 14. Aufl, Art. 135, Anm. 1, 4.

gleich. Nach seiner Auffassung gewährleistet die Religionsfreiheit dem Individuum, "sein Verhältnis zu allen religiösen Fragen nach Belieben zu gestalten, seinen religiösen, antireligiösen oder irreligiösen Überzeugungen gemäß leben zu dürfen, alles tun zu dürfen, was diese Überzeugungen fordern, alles unterlassen zu dürfen, was sie verbieten, in allen diesen Beziehungen frei zu sein vom staatlichen Zwang - aber unter dem Vorbehalt des Gehorsams gegen die allgemeinen Staatsgesetze"⁵³. Wie seine Vorbilder im alten Recht, verbietet Art. 135 WRV alle staatlichen Anordnungen, die dem "Bewohner des Reiches" vorschreiben, etwas zu glauben oder nicht zu glauben. Die Folge des Grundsatzes der Religionsfreiheit sieht Anschütz darin, daß dem Staat religiöse und kirchliche Neutralität obliegt⁵⁴. Konsequenter führt er diese Auffassung aber nicht durch, da er in Art. 141 WRV den Willen des Staates zum Ausdruck kommen sieht, "Daß der neue Staat, in dem er sich entschiedener als der alte von der Kirche trennt, nicht gewillt ist, sich von der Religion zu trennen"⁵⁵.

c) Die Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Bayerischen Verfassung von 1946.

Die Bayerische Verfassung gewährleistet in Anlehnung an ihre historischen Vorbilder in Art. 107 BV die Freiheit des Glaubens und Gewissens und in Art. 142 II BV⁵⁶ die Freiheit zur Vereinigung zur gemeinsamen Hausandacht.

Art. 107 BV enthält nach Nawiasky-Leusser das seit dem Ende des 18. Jahrhunderts siegreich gewordene Prinzip der individuellen Bekenntnisfreiheit, da die innere Glaubensfreiheit einem äußeren Zwang überhaupt nicht unter-

53) Anschütz, HdbDStR II, S. 681.

54) Anschütz, WRV, Art. 135, Nr. 7.

55) Anschütz, WRV, Art. 141, Nr. 1.

56) Diese Formulierung wurde in den Beratungen zu Art. 142 II BV als überflüssig erachtet; vgl. auch Scholler, a. a. O., S. 102 "Überflüssiger Bestandteil der bayer. Verfassungsrumpelkammer". Dennoch trennte man sich von dieser Formulierung nicht, da, wie Dr. Hoegner erklärte, die Religionsgesellschaften Wert darauf gelegt hätten, diese alte Bestimmung aus der Verfassung von 1818 zu übernehmen. Überdies trifft der Hinweis Dr. Hoegners auf die Verfassung von 1818, wie Scholler, a. a. O., S. 102, richtig bemerkt, nicht zu, da diese nur die einfache, nicht aber die gemeinsame Hausandacht geschützt hat.

liegen kann⁵⁷. Diese Auffassung gründet sich auf zwei historisch bedingte Entwicklungen: Zum einen ist sie Folge der Verflüchtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in einen dem Staat unzugänglichen inneren Bereich⁵⁸; zum anderen liegt dem hier vorliegenden Verständnis der Glaubens- und Gewissensfreiheit die Auffassung zugrunde, daß den Grundrechten die Aufgabe zukommt, dem Individuum eine Sphäre zu schaffen, die frei von staatlichen Zwangseingriffen zu bleiben hat. So spricht auch Nawiasky-Leusser⁵⁹ davon, daß es bei der Schaffung der Grundrechte darum ging, eine Umgrenzung einer Individualsphäre zu schaffen, die gegen die Auswirkungen staatlicher Allmacht gesichert werden soll.

d) Die Regelung im Bonner Grundgesetz.

Das Grundgesetz gewährleistet wie die WRV Glaubens- und Gewissensfreiheit. Auf Veranlassung von Thoma⁶⁰ wurde ihr aber noch die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses angefügt.

e) Die Spiritualisierung der Glaubensfreiheit und die Sicht der Grundrechte als Abwehrrechte des Individuums gegen staatlichen Zwang prägen das Verständnis der Glaubensfreiheit.

Das Moment der Spiritualisierung⁶¹ der Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Sicht der Grundrechte als Abwehrrechte des einzelnen gegen staatlichen Zwang, die Grundrechte, gesehen als "Zaun, der rings um den Kern der Person ragt und den Raum einhegt, in dem die Person sich als Individuum reckt und streckt"⁶², prägt auch das Verständnis der in Art. 4 I GG aufgeführten Glaubens- und Gewissensfreiheit. Diese Grundrechtsvorstellung liegt Thoma⁶³ zugrunde, wenn er davon spricht, es handle sich nicht darum, "die Freiheit des Glaubens und der Überzeugung zu schützen - wer sollte sie

57) Erläuterung zu Art. 107 BV; siehe Mayer, Bayerische Verfassung, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, 2. Aufl., S. 75; VerfGH 13, 147, 152.

58) Scholler, a. a. O., S. 103.

59) Nawiasky-Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1848, S. 38.

60) JbDÖR, Bd. 1, nF, S. 73.

61) Hierzu Scholler, a. a. O., S. 115 ff.

62) René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 314.

63) JbDÖR, Bd. 1, nF, S. 73

antasten können - als vielmehr die Freiheit des Bekenntnisses aller Überzeugungen "64.

Nach Geiger⁶⁵ ist die in Art. 4 GG garantierte Glaubensfreiheit "wie die übrigen klassischen Grundrechte des Grundgesetzes als Menschenrecht . . . , ein der staatlichen Gewalt unüberschreitbare Grenzen setzender Anspruch des Bürgers konzipiert. Er geht auf Unterlassung jeglichen staatlichen Eingriffs in den zur menschlichen Betätigung in Glaubensdingen nötigen individuellen Freiheitsraum. Dabei ist nicht an die vom Recht als der für das menschliche Zusammenleben verbindlichen Ordnung überhaupt nicht erreichbare, rein innere Glaubensüberzeugung gedacht".

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sind die Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, die dem Individuum eine ihm vorbehaltene Freiheitssphäre zu sichern haben⁶⁶.

Demgemäß gewährleistet die Glaubensfreiheit nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts "dem einzelnen einen Rechtsraum, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht"⁶⁷.

64) So auch Abg. Dr. Süsterhenn JBdöR, Bd. 1, S. 74: "Wir gehen zunächst davon aus, daß die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses unverletzlich ist. Hier sind innere Tatbestände gegeben, innere Entscheidungen. Dazu kommt nun noch das Bekenntnis des religiösen und weltanschaulichen Glaubens".

65) Geiger, Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, in: Staatslexikon, Bd. 3, S. 971.

66) BVerfGE 7, 204 ff; vgl. F.C. Gerber, Über öffentliche Rechte, S. 65: "Die Volksrechte sind also lediglich negative Rechte, Recht auf Anerkennung der freien, d.h. nichtstaatlichen Seite der Persönlichkeit . . . Immer bleiben diese Rechte zur Negation und Zurückweisung der Staatsgewalt in die Grenzen ihrer Befugnisse"; Schulze, a.a.O., S. 366: "Ihr Wesen besteht darin, daß die Staatsgewalt verpflichtet ist, sich gewisser Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre der einzelnen Bürger zu enthalten". Anders noch Adolf Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1901, S. 47: "Freiheitsrechte oder Grundrechte sind überhaupt keine Rechte im subj. Sinn". Sie sind "Normen für die Staatsgewalt, welche diese sich selbst gibt, sie bilden Schranken für die Machtbefugnisse für die Behörden, sie sichern dem einzelnen seine natürliche Handlungsfreiheit in bestimmtem Umfang, aber sie begründen nicht subj. Rechte des Staatsbürgers".

67) BVerfGE 12, 3.

Maunz sieht die Bedeutung der Glaubensfreiheit darin, daß Glaube und Gewissen wie das Bekenntnis von ihnen frei von staatlichem oder sonstigem, von außen her wirkendem Zwang sind. Die Glaubensfreiheit erlaubt auszusprechen und zu verschweigen, daß und was man glaubt oder nicht glaubt⁶⁸.

Hamann⁶⁹ legt der Glaubensfreiheit, d.h. zu glauben oder nicht zu glauben, was man will, vorwiegend programmatische Bedeutung zu, die ihre juristische Aktualisierung erst durch die in Art. 4 GG weiter ausgesprochene Bekenntnisfreiheit erfährt. Nach Hamel⁷⁰ bezeichnet die Freiheit des Glaubens und des Gewissens den Grundsatz, daß die Entscheidungen des Glaubens und des Gewissens nicht erzwungen werden dürfen durch Zufügung oder Androhung materieller Nachteile, die nicht in dieser Entscheidung selbst enthalten sind. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit schützt das forum internum des Glaubens und Gewissens vor Eingriffen jeder Art. Die Bekenntnisfreiheit hat den äußeren Bereich, der früher zur Glaubens- und Gewissensfreiheit gehörte, insbesondere das Recht auf Hausandacht, aufgesogen⁷¹.

Nach von Mangoldt-Klein enthält Art. 4 GG ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv öffentlichen Rechts, und zwar ein negatives Statusrecht⁷². Es will nur Religions- und Weltanschauungszwang, also staatliche Intoleranz, verhindern⁷³. Von Mangoldt-Klein faßt die Freiheit des Glaubens und Gewissens zur Bekenntnisfreiheit zusammen⁷⁴. Die Glaubensfreiheit bedeutet Gedankenfreiheit in Fragen des Glaubens. Hierbei handelt es sich um Vorgänge des forum internum. Da aber nur äußeres Verhalten rechtlicher Regelung zugänglich ist, wird Art. 4 Abs. I GG erst für die Betätigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit rechtlich bedeutsam. Verfassungsmäßig gesichert werden soll das Recht, sich einem religiösen Glauben bekennen und sich

68) Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl., 1966, S. 106.

69) Andreas Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 2. Aufl., 1960, Art. 4, B 1.

70) Hamel, a. a. O., S. 58 ff.

71) Hamel, a. a. O., S. 60.

72) Von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin-Frankfurt/Main 1957, Art. 4, II 4.

73) Von Mangoldt-Klein, a. a. O., Art. 4, II 7; vgl. Anschütz, WRV, Art. 135, Nr. 7.

74) Von Mangoldt-Klein, a. a. O., Art. 4, III 1.

seinem sittlichen Gewissen gemäß verhalten zu können^{75, 76}.

f) Die Abwehrfunktion der Glaubensfreiheit ist nicht geeignet, Aussagen über die religiöse Haltung des Staates zu treffen.

Die Sicht der Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliche Eingriffe in die dem Individuum vorbehaltene Freiheitssphäre⁷⁷ und die

75) Für das Schweizer Recht: Siehe Hans Marti, Glaubens- und Kultusfreiheit, Bern 1951, S. 7: "Die Religionsfreiheit ist ein Freiheitsrecht und als solches eine Schranke für die Staatsgewalt. Als Schranke verbietet sie einerseits dem Staat Eingriffe in den religiösen Bereich durch rechtliche Gebote und Verbote (neg. Funktion) und andererseits gewährleistet sie dem einzelnen Bürger die freie Betätigung auf religiösem Gebiet".

76) Die Bestimmungen über die Glaubensfreiheit der amerikanischen Verfassung befinden sich im 1. Amendment zur Unionsverfassung, das als Bestandteil der Bill of Rights 1791 in Kraft trat. Das 1. Amendment lautet: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof . . .". Auffallend ist die Zweiteilung des an den Kongress gerichteten Verbots zum Erlaß von Gesetzen, die a) auf das "establishment" einer Religion gerichtet sind und b) die freie Religionsausübung verhindern. Über die rechtliche Tragweite der "establishment clause" des 1. Amendments besteht im amerikanischen Verfassungsrechtsschrifttum keine Einigkeit (vgl. Bayer, Das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche als Problem der neueren Rechtsprechung des United States Supreme Court, in: Zeitschrift f. ausl. öff. Recht und VR, Bd. 24, Nr. 2, S. 201 ff.). Anders bei der "free exercise clause". Der "free exercise clause" kommt unbestritten der Charakter einer "liberty", d. h. eines individuellen Grundrechts zu. Die "free exercise clause" gewährt dem einzelnen das Recht, seinen Glauben ohne zwangsweise Beeinträchtigungen seitens des Staates auszuüben. Im Vordergrund steht der Abwehranspruch des einzelnen gegen hoheitliche Zwangsingriffe in die dem Individuum gewährleistete Religionsphäre. Deshalb findet die "free exercise clause" auch dann keine Anwendung, wenn der Staat keinen unmittelbaren Zwang ausübt; vgl. Engel v. Vitale 370 US 421 (1962), S. 430 und School District of Abington Township v. Schempp 374 US 203 (1963), S. 223.

77) Vgl. Schneider, JZ 53, 591.

Verflüchtigung der Glaubensfreiheit in das unzugängliche Innere des Menschen hat für die Glaubens- und Gewissensfreiheit Rechtsbegriffswidrigkeit, somit Funktionslosigkeit, zur Folge⁷⁸. Diese einseitige Sicht der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist zwar eventuell noch geeignet, die Folgen der Bekenntnis- und Glaubensbindungen des Staates für den Bürger abzuwenden, da dem Staat Eingriffe in diese abgegrenzte Individualsphäre verboten sind⁷⁹. Die entscheidende Frage aber, ob der Staat selbst sich zu einem Glauben bekennen kann - die Ursache der Eingriffe in die individuelle Privatsphäre - kann aus dieser Sicht nicht beantwortet werden. Denn die Abwehr von staatlichem Zwang, das Verbot, in die Individualsphäre einzugreifen, obliegt sowohl dem sich bekennenden als auch dem religiös neutralen Staat. Die Abwehr- und Umgrenzungsfunktion der Grundrechte ist daher nicht geeignet, Aussagen über die religiöse und weltanschauliche Haltung des Staates zu treffen.

g) Die Funktion der Glaubensfreiheit bei Hesse.

Eine von der überkommenen Sicht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit abweichende Interpretation des Art. 4 GG bringt Hesse.

Als subjektive Rechte gewährleisten die Art. 4 I und II GG "die Freiheit, einen Glauben oder eine Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft zu bekennen oder auch abzulehnen und über beides zu schweigen; sie begründen Ansprüche auf Schutz vor Störungen und auf Unterlassung jeglichen unmittelbaren und mittelbaren Glaubens- und Gewissenszwanges oder des Zwanges zu einem weltanschaulichen Bekenntnis"⁸⁰

78) Nach von Mangoldt, Erl. III 1 zu Art. 4, erfolgte die Formulierung des Art. 4, Abs. 1 nur deshalb, weil man die alteingeführte Terminologie der WRV nicht ganz missen wollte.

79) Über die vielfältigen Eingriffsmöglichkeiten, die durch die Naturwissenschaften und moderne Technik entwickelt wurden, siehe Herzog, Der Mensch des technischen Zeitalters als Problem der Staatslehre, S. XXIII ff; Vance Packard, Die wehrlose Gesellschaft, Econ-Verlag 1964, Originaltitel: The Naked Society.

80) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 147.

Hierin erschöpft sich aber die Bedeutung der in Art. 4 GG gewährten Freiheiten nicht. Nach Hesse kommt den Grundrechten ganz allgemein Doppelcharakter zu⁸¹. Einerseits sind sie subjektive Rechte, andererseits negative Kompetenzvorschriften und konstituierende Elemente objektiver demokratischer und rechtsstaatlicher Ordnung. Beide Komponenten stehen zueinander im Verhältnis der Wechselbezogenheit.

Dieser den Grundrechten zukommende Doppelcharakter hat für die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit zur Folge, daß sie als Grundelement objektiver demokratischer und rechtsstaatlicher Ordnung die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates zur Voraussetzung eines freien politischen Prozesses und als Grundlage heutiger Rechtsstaatlichkeit begründet⁸².

Die Anerkennung der Religionsfreiheit bringt zum Ausdruck, "daß die staatliche Ordnung selbst nicht auf einem bestimmten Glauben oder Bekenntnis beruht, daß Glaube, Bekenntnis und Kirche vielmehr jenseits der Aufgaben des Staates als weltlichem Gemeinwesen liegen"^{83, 84}.

Andeutungsweise findet sich die Funktion der Glaubensfreiheit als Schranke staatlicher Kompetenz bei Ramm⁸⁵, der in der Anerkennung der Glaubens- und Gewissensfreiheit die Bedeutung sieht, daß der Staat auf eigene weltanschauliche oder religiöse Aktivität verzichtet, um eine unmittelbare oder mittelbare Beeinflussung des Individuums zu vermeiden.

h) Auswirkungen der unterschiedlichen Interpretation des Art. 4 GG auf Art. 131 II BV.

Sieht man mit der herrschenden Meinung die Bedeutung der in Art. 4 GG gewährleisteten Grundrechte darin, dem einzelnen eine Glaubenssphäre zu sichern, die frei von staatlichen Zwangseingriffen zu bleiben hat, in der

81) Hierzu im einzelnen Hesse, a. a. O., S. 110 ff. und die dort aufgeführte Literatur.

82) Hesse, a. a. O., S. 147.

83) Hesse, Kirche und Staat IV B 2, Sp. 922, in: Ev. Staatslexikon.

84) Schuhmacher, in: Konkordatsprozeß Bd. III, S. 1247 "Die Religionsfreiheit des einzelnen Bürgers bedingt die religiöse Neutralität des Staates".

85) Thilo Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, in: Arbeits- und sozialrechtliche Studien, Heft 1, S. 14, Fußnote 5.

er glauben darf, was er will, so ist das staatlich postulierte Bildungsziel "Ehrfurcht vor Gott" in Art. 131 II BV nicht zu beanstanden, da der in Art. 131 II BV weiter aufgestellte Grundsatz der Toleranz staatlichen Zwang gegenüber Atheisten ausschließt.

Folgt man dagegen der von Hesse gegebenen Interpretation der Religionsfreiheit, so widerspricht die staatliche Anordnung der Erziehung der Schüler zur Ehrfurcht vor Gott den Grundsätzen der Religionsfreiheit, da die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates eine Sonderstellung oder Privilegierung eines bestimmten Glaubens oder Bekenntnisses im Rahmen der politischen Ordnung ausschließt. Da Glaube und Bekenntnis jenseits der staatlichen Aufgaben liegen, ist erst recht die Erziehung zum Glauben und zu einem bestimmten Bekenntnis jenseits der staatlichen Aufgaben.

Die Frage ist daher, ob sich die Bedeutung der Glaubensfreiheit für den Staat in dem Verbot erschöpft, in den umzäunten Bereich des Individuums einzugreifen.

Obwohl Art. 4 GG und Art. 107 BV historisch geprägte Begriffe verwenden und es daher nahelag, sie mit dem überkommenen Inhalt zu füllen, ist dieses Verfahren nicht ganz unbedenklich, da das Grundgesetz und mit ihm die Grundrechte mitten aus unserer Zeit heraus bestimmt und gestaltet wurden⁸⁶. Dies erweist sich vor allem in der Unbedingtheit der Herausstellung der Menschenwürde und der Anerkennung der Menschenrechte, die dem Staat prä-existent sind.

i) Die Kompetenzabgrzungsfunktion der Glaubensfreiheit als Folge des veränderten Staatsverständnisses.

Die Bedeutung der Grundrechte hat durch die Voranstellung der Würde des Menschen einen augenfälligen Bedeutungswandel erfahren. Von Mangoldt-Klein⁸⁷ spricht davon, daß das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Würde des

86) Vgl. Fassung des Art. 1, Abs. 3 des Grundsatzausschusses, II. Lesung, Drucksache 326 vom 1. 12. 48, JbDöR nF 1, S. 50; "In den nachstehenden Artikeln für unser Volk aus unserer Zeit geformt und niedergelegt ...". Die spätere Streichung dieser Formulierung hat an der Bedeutung der Vorschrift nichts geändert.

87) Von Mangoldt-Klein, Art. 1, Anm. III 9.

Menschen, der das Grundgesetz den Ehrenplatz an der Spitze seiner Vorschriften gönnt, von grundsätzlicher Bedeutung für den ganzen Grundrechtsteil ist, der die Auslegung der Grundrechte nicht selten in andere Bahnen als unter der WRV lenken muß⁸⁸.

Die Voranstellung der Würde der menschlichen Persönlichkeit hat Bedeutung für die gewandelte Sicht des Staates und die der ihn bildenden Menschen.

Das Bekenntnis zur Würde des Menschen und die Rechtspflicht des Staates, sie zu achten und zu schützen, macht sichtbar, daß der Mensch nicht um des Staates willen, sondern der Staat um des Menschen willen besteht⁸⁹.

Die darin liegende Überwindung des ausschließlich staatsbezogenen Denkens, die Abkehr von einer etatistischen Grundauffassung und des Gedankens jeder Staatsomnipotenz muß daher die Richtschnur bilden bei der Untersuchung der religiösen Normen⁹⁰.

In Richtung auf den Staat liegt daher die positiv rechtliche Bedeutung, wie Dürig feststellt, darin, daß Art. 1 I GG sowohl Staatszweck als auch Staatsaufgaben bestimmt und beschränkt⁹¹. Da sich die in Art. 4 genannten Freiheitsrechte als Konkretisierungen der Garantie der Würde des Menschen darstellen, die den Sinngehalt des Art. 1 I GG näher erhellen und ihrerseits eine Sinndeutung aus Art. 1 I GG erfahren⁹², folgt hieraus, daß die in Art. 1 I GG zum Ausdruck gekommene Beschränkung der Staatsaufgaben durch Art. 4 im einzelnen konkretisiert wird. Da Art. 4 die Freiheit des Glaubens gewährleistet, heißt dies, daß die Sphäre des Glaubens aus dem Bereich der staatlichen Aufgaben ausgeklammert ist. Die Glaubensfreiheit bestimmt daher die Staatsaufgaben negativ, indem sie klarstellt, daß der Bereich des Glaubens nicht in den Bereich der staatlichen Aufgaben fällt.

Die Bedeutung der Grundrechte als negative Bestimmung staatlicher Aufgaben klingt bei Herzog⁹³ an, wenn er erklärt, daß die Weiterentwicklung des

88) Wernike; Im Bonner Kommentar, Erl. I zu Art. 1 GG "Schlüssel für den ganzen Grundrechtskatalog".

89) Vgl. Art. 1 I des HCHE: "Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen".

90) Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140 II 2.

91) So auch Hamann, a. a. O., Einführung I C 2.

92) Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 1, Rdnr. 27.

93) Herzog, Der Mensch des technischen Zeitalters als Problem der Staatslehre, S. XXIII ff., in: Ev. Staatslexikon.

Menschenwürdebegriffs zu einer Einschränkung der inneren Souveränität des Staates, d. h. seiner grundsätzlichen Allzuständigkeit, führen muß. Die "Annahme überpositiver, vorstaatlicher und damit dem staatlichen Einfluß vollständig entzogener Menschenrechte, die im modernen deutschen Verfassungsrecht gerade aufgrund des Menschenwürdesatzes vertreten wird, versucht, bestimmte Lebensbereiche der staatlichen Souveränität sogar dann zu entziehen, wenn sie sich in ihrer höchsten Form, nämlich als verfassungsgebende Gewalt, äußert"⁹⁴.

Ähnlich Bäumlin⁹⁵, der die Funktion der Grundrechte darin sieht, im Hinblick auf die Begrenztheit menschlicher Möglichkeiten die Gemeinschaftsaufgaben negativ abzugrenzen, "den Staat von der Identität zu distanzieren, also von dem, was alle angeht, auszuscheiden, was nur den einzelnen als unvertretbare Person angeht"⁹⁶.

94) Herzog, a. a. O., S. XXXV.

95) Richard Bäumlin, Demokratie F, in: Ev. Staatslexikon.

96) Siehe auch Adolf Arndt, Aufgaben und Grenzen der Staatsgewalt im Bereich der Schulbildung, in: Schule und Staat, Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, 1959, Heft 9. Nach Arndt hat der einzelne in den Grundrechten nicht nur Befugnisse gegen den Staat oder Ansprüche auf Herauslösung aus der Gemeinschaft, sondern staatsstiftende und gemeinschaftsbildende Rechte. Diese schaffen zwischen dem einzelnen und der Gemeinschaft dadurch ein Gleichgewicht, daß sie die Bereiche des Unabstimmbaren aus dem staatlichen Bereich ausklammern und damit bewirken, daß der leibhaftige, wirkliche Mensch sowohl er selber als auch tragender Teil des Ganzen bleiben kann. Der so verfaßte Staat "ist in seiner Staatsgewalt wesensmäßig begrenzt, und zwar nicht im Sinne eines nachträglich Beschränktwordenseins, das etwa widerrufen werden oder aus eigener Machtvollkommenheit geändert werden könnte, sondern im Sinne eines niemals stärker Entstandenseins". Oberstes Konstitutionsprinzip dieses Staates ist die Einigkeit der den Staat bewirkenden Menschen, "daß sie nur auf der Grundlage miteinander leben können, daß ein System unbedingter und unabdingbarer Werte der Verfügung von Staats wegen entzogen ist und bleibt". Dieser Staat ist gekennzeichnet "durch eine - seine Einheitlichkeit nicht aufhebende - Polarität zwischen dem Unabstimmbaren, das ihn bestimmt, und dem Abstimmbaren, über das die in ihm vereinigten Menschen durch ihn bestimmen".

j) Einfluß des geänderten Menschenbildes auf die Zielrichtung der Grundrechte.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man die durch die Voranstellung der Würde der menschlichen Persönlichkeit veränderte Sicht des Menschen und die sich daraus für den Staat ergebende Folge betrachtet.

Durch das Bekenntnis zur Würde des Menschen kam, wie von Mangoldt-Klein⁹⁷ betont, der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß in den Grundrechten nicht mehr die Einzelperson im alten liberalen Sinn im Mittelpunkt der Verfassung stehen sollte.

Jene alte Grundrechtsauffassung, von der noch der erste Abschnitt "Die Einzelperson" zeugte, sollte abgetan sein⁹⁸. In den Brennpunkt ist der Mensch als solcher, Eigenständigkeit und Eigenwert des Menschen schlechthin, gerückt. Besonders deutlich wird dies in der BV, die nicht von der Würde des Menschen, sondern von der Würde der menschlichen Persönlichkeit spricht.

Diese Akzentverschiebung, die im Grundgesetz und in der Bayerischen Verfassung zum Ausdruck kommt, läßt auch die Zielrichtung der Grundrechte als Freiheitsverbürgungen in einem anderen Licht erscheinen.

Stand früher der isolierte Einzelmensch im Vordergrund und betrachtete man die Grundrechte als Sicherung der Freiheitssphäre des einzelnen vor Angriff der öffentlichen Gewalt, so liegt heute mit dem Bekenntnis zur Würde des Menschen und der hierdurch erfolgten Anerkennung der Seinsautonomie der Person⁹⁹ die Aufgabe der Grundrechte im Schutz der menschlichen Persön-

97) Von Mangoldt-Klein, a. a. O., Art. 1, Anm. III 9.

98) Nach Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 315, bestand der Fehler der liberal-bürgerlichen Demokratie der Aufklärungszeit in der Einseitigkeit, mit der der negative Charakter der Seinsautonomie des Menschen herausgestellt wurde. Der Liberalismus als Individualismus übersieht, daß der Mensch zeit- und seinsgemäß von Anfang an ein in die Form des Gemeinschaftslebens verwobenes und eingespanntes Wesen ist.

99) Marcic, a. a. O., S. 314.

lichkeit und der ihr vorbehaltenen Sphäre¹⁰⁰. Das bedeutet für die Glaubensfreiheit: Verstand man früher die Glaubensfreiheit als Ausgrenzung¹⁰¹ der Staatsgewalt aus dem Bereich der individuellen Glaubenssphäre, so wird heute, da der Glaube als höchstpersönliches Gut konstituierender Bestandteil menschlicher Personalität ist, der Staat aus dem Bereich des Glaubens selbst ausgeschlossen.

Ist der Staat aber aus dem Bereich des Glaubens ausgegrenzt, so ist der Glaube außerhalb der staatlich zu behandelnden Aufgaben, was zur Folge hat, daß eine irgendwie geartete Kompetenz in Glaubensfragen ausgeschlossen ist. Dem Grundrecht der Glaubensfreiheit kommt daher in Richtung auf den Staat in erster Linie die Bedeutung einer negativen Kompetenznorm zu. Auch die Entscheidung des BVerfG Bd. 12, 3 ist letztlich getragen von der Sicht der Glaubensfreiheit als Schranke staatlicher Kompetenz, wenn es erklärt, daß es dem Staat nicht möglich ist, den Inhalt der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit näher zu bestimmen, da dem Staat verwehrt ist, den Glauben oder Unglauben seiner Bürger zu bewerten¹⁰². Die inhaltliche Unbestimmtheit der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit für den Staat resultiert aus der Ausgrenzung des Staates aus dem Bereich des Glaubens, denn Ausgrenzungen vermitteln von sich aus nicht bestimmte materiale Gehalte, sondern dienen deren Realisierung¹⁰³.

k) Die Glaubensfreiheit schränkt nicht nur die Omnipotenz, sondern auch die Omnikompetenz des Staates ein.

Die Glaubensfreiheit als negative staatliche Kompetenznorm wendet sich nicht nur gegen die Omnipotenz des Staates, sondern auch gegen die Annahme

100) Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts. Abhandlungen zum Schweizer Recht, nF Heft 360, S. 108. Nach Müllers Ansicht sind die Grundrechte um den zentralen Wert der Personalität des Menschen angelegt und umgrenzen existentielle Voraussetzungen des Menschseins, in denen sich die Personwürde erst entfalten kann. Der Staat, der Menschenrechte als Grundrechte anerkennt, hat seinen Sinn, seinen Zweck und sein Wesen in nichts anderem, als dem Herrschaftsunterworfenen seine Freiheit und Menschlichkeit zu erhalten.

101) Forsthoff, VVDStRL 12, 18 ff. mit Leitsatz VII, S. 35.

102) Ebensowenig kann der Staat bestimmen, was christlich ist. Nach Arndt, a. a. O., S. 79, wäre der Versuch die Verneinung seiner selbst.

103) Pottmeyer, Der Staat, Bd. 3, S. 105.

einer prinzipiellen, naturhaften staatlichen Allzuständigkeit. Sie stellt klar, daß die Bereiche des Religiösen und Weltanschaulichen jenseits der staatlichen Aufgaben liegen. Hierdurch unterscheidet sich das durch das Grundgesetz konstituierte Staatswesen sowohl vom Staat älterer Prägung als auch vom modernen totalitären Staat^{104, 105}.

104) Hesse, a. a. O., S. 64.

105) Nicht konsequent ist hier Herbert Krüger. Einerseits besteht für ihn der Unterschied zwischen freiheitlichem und totalem Staat nicht darin, daß jener nur wenige Aufgaben übernehmen darf oder übernommen hat, während dieser Typ jede Aufgabe übernehmen darf oder zu übernehmen pflegt (S. 761). Der Unterschied liegt vielmehr im Grund der Übernahme (S. 762). Andererseits bezeichnet er aber den Grundsatz der Nichtidentifikation als negativen Bestimmungsgrund für die Stellung und Verteilung staatlicher Aufgaben (S. 762), was doch nur heißen kann, daß diejenigen Aufgaben, die durch das Prinzip der Nichtidentifikation umschrieben werden, außerhalb der staatlichen Aufgaben liegen. Da seiner Ansicht nach aber der Weltanschauungsstaat das Prinzip der Nichtidentifikation verwirft (S. 281) und demgemäß keiner Aufgabenbeschränkung unterworfen ist, besteht der Unterschied zwischen freiheitlichem und totalem Staat letztlich doch darin, daß der freiheitliche Staat von bestimmten, und zwar den durch das Prinzip der Nichtidentifikation umschriebenen Aufgaben ausgeschlossen ist. Nichts anderes ergibt sich, wenn man den von Krüger vorgewiesenen Unterschied betrachtet. Wenn Krüger darauf hinweist, daß der Unterschied im Grund der Aufgabenübernahme zu suchen ist, wobei er als derartige Gründe heute Ideologiehafte und Moralhafte bezeichnet, so ist dies zwar richtig, widerlegt aber Krügers Auffassung, daß der Unterschied zwischen freiheitlichem und totalem Staat nicht im Umfang der Aufgaben liegt. Denn stellt sich der Staat aus Ideologiehafte Aufgaben, so hat das seinen Grund darin, daß er einer Ideologie verhaftet ist, somit auf Grund seiner Ideologie zumindest potentiell allzuständig ist. Der Unterschied zwischen freiheitlichem und totalem Staat liegt daher darin, daß ersterer das menschliche Leben nicht in das Prokrustesbett einer Ideologie zwingt, daher notwendig eine dem Individuum vorbehaltene Eigensphäre anerkennen muß und daher nicht, auch nicht potentiell, allzuständig sein kann, deshalb auch nicht in der Lage ist, alle beliebigen Aufgaben an sich zu reißen.

Für das Grundgesetz gilt, daß die verfassungsmäßige Gewalt als rechtlich konstituierte Gewalt von vornherein durch positive und negative Kompetenznormen bestimmt und begrenzt ist¹⁰⁶. Das hat zur Folge, daß Gesetzgebungsakte sich nicht nur inhaltlich an die Grenzen halten müssen, die ihnen durch die Menschenrechte gesetzt sind, sondern daß darüber hinaus das Tätigwerden des Gesetzgebers selbst Schranken unterworfen ist¹⁰⁷. Lebensbereiche, von denen der Staat durch die Menschenrechte als negative staatliche Kompetenznormen ausgeschlossen ist, liegen außerhalb der staatlichen Souveränität und entziehen sich daher einer staatlichen Einflußnahme¹⁰⁸. Es handelt sich dabei strenggenommen weniger um eine Einschränkung staatlicher Souveränität als um ein radikales Fehlen jeder Souveränität¹⁰⁹.

1) Folgerungen für Art. 131 II BV.

Aus dem Charakter der Glaubensfreiheit als negativer Kompetenzbestimmung folgt, daß jegliche staatliche Einflußnahme auf die Sphäre des Glaubens und der Weltanschauungen ausgeschlossen ist. Hierbei beschränkt sich das Verbot der Einflußnahme nicht nur auf das Verbot, mit Zwang in die Bereiche des Religiösen und Weltanschaulichen einzugreifen, sondern es verbietet darüber hinaus auch die Förderung bestimmter religiöser und weltanschaulicher Ansichten.

Da durch die Glaubensfreiheit die Bereiche des Religiösen und Weltanschaulichen aus der Sphäre der staatlichen Aufgaben ausgeklammert sind, steht fest, daß auch die Erziehung der Kinder zur Religiosität oder Areligiosität, zum Glauben an Gott oder zum Atheismus jenseits der Aufgaben liegt, die der religiös und weltanschaulich neutrale Staat legitim übernehmen kann.

Hiergegen verstößt aber die Bestimmung des Art. 131 II BV, wonach oberstes Bildungsziel in allen Schulen u. a. die "Ehrfurcht vor Gott" ist. Der Gegensatz zwischen Art. 131 II BV und Art. 4 GG hat gem. Art. 31 GG die Nichtigkeit dieser Bestimmung zur Folge, soweit sie als oberstes Bildungsziel die Ehrfurcht vor Gott postuliert. Die Nichtigkeit dieser Norm ergibt sich aber

106) Hesse, a. a. O., S. 116; Arndt, S. 69.

107) Hamann, a. a. O., Einführung I D 7 a, S. 44.

108) Vgl. von Zezschwitz, Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet, JZ 66, 340.

109) Vgl. Dabin, a. a. O., S. 242; Arndt, a. a. O., S. 69

auch aus der Bayerischen Verfassung selbst. Sie ist nicht schon begrifflich um deswillen ausgeschlossen, weil sie selbst Bestandteil der Verfassung ist¹¹⁰. Wie der BayVerfGH¹¹¹ zutreffend ausführt, gibt es Verfassungsgrundsätze, die so sehr elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechtes sind, daß sie den Verfassungsgeber selbst binden, und daß andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstoßes gegen sie nichtig sein können¹¹².

Art. 107 I BV zählt, was unbestritten ist und was erst jüngst wieder durch den BayVerfGH¹¹³ bestätigt wurde, zu den elementaren Grundsätzen der Verfassung. An das vorstaatliche Menschenrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit, das der Verfassungsgeber vorfand und nur anerkannte, war der Verfassungsgeber auch bei der Bestimmung der Erziehungsziele gebunden¹¹⁴. Eine Verletzung dieses elementaren Grundsatzes der Bayerischen Verfassung tritt aber nicht erst dadurch ein, wenn eine Verfassungsnorm in ein einzelnes Bekenntnis durch Zwang eingreift, sondern schon dann, wenn der Verfassungsgeber die ihm durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit gezogenen Grenzen überschreitet.

Da dem antitotalitären, freiheitlich-demokratischen Staatswesen jegliches Bekenntnis zu einer Religion oder einer Weltanschauung wesensmäßig fremd ist, da durch die Festlegung des Staates auf den Dienst am Gemeinwohl eine prinzipielle Allzuständigkeit des Staates ausgeschlossen ist, und Art. 107 BV die sich aus dem Gemeinwohl ergebenden staatlichen Zuständigkeiten dahingehend negativ konkretisiert, daß die Bereiche des Religiösen und Weltanschaulichen jeglicher staatlicher Kompetenz entzogen sind, was wiederum erst Voraussetzung für die freie Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit

110) BayVerfGH 3, 28, Leits. 1.

111) BayVerfGH 3, 28, Leits. 1; 4, 51, Leits. 2 und 3; 11, 127, Leits. 1; BayVerfGH, BayVB1 67, 312 ff (312).

112) Vgl. Maunz, Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Festschrift für Laforet, S. 151; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl., S. 47; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, in: Recht und Staat 163/164, S. 42.

113) BayVerfGH, BayVB1 67, 201 ff. (203); 312 ff. (312).

114) Zur Begrenzung des Staates bei der Bestimmung der Erziehungsziele: Geiger, Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verhältnisses von Schule und Staat, in: Schule und Staat, 1959 (Heft 9 der Studien und Berichte der Kath. Akademie in Bayern), S. 33.

ist¹¹⁵, die zu schützen oberstes Leitbild des Verfassungsgebers war, hat der Verfassungsgeber durch die staatlicherseits getroffene Bestimmung des Erziehungszieles "Ehrfurcht vor Gott" seine ihm gesetzten Grenzen überschritten.

Da sich eine Auslegung dieser Bestimmung im Sinne der Erziehung zur religiösen Toleranz deshalb nicht vornehmen läßt, weil Art. 131 II die Erziehung zur Toleranz nach der Ehrfurcht vor Gott ausdrücklich postuliert, ist die Bestimmung "Ehrfurcht vor Gott" in Art. 131 II BV nicht mit den tragenden Grundsätzen der BV zu vereinbaren und damit nichtig.

Nichts wäre aber falscher, aus der Ausgrenzung des Staates aus dem Bereich des Glaubens zu folgern, daß sich nun der Staat zur Gottlosigkeit zu bekennen habe, wie es z.B. die französische Republik während der Überhitzung des Revolutionsfiebers getan hat. Ist der Staat aus dem Bereich des Glaubens ausgeschlossen, so verbietet sich die Identifizierung des Staates mit irgendeiner Konfession und demnach auch der Konfession der Konfessionslosen und Konfessionsfreien. Der Grundsatz "l'état est athée" ist daher auf den freiheitlich-demokratischen Staat nicht anwendbar.

115) So sieht auch Messner, Das Naturrecht, 5. Aufl. 1966, S. 189, 190, das ontologische und metaphysische Wesen des Gemeinwohls in der durch die gesellschaftliche Verbundenheit zu erzielenden Ermöglichung der eigenverantwortlichen und eigenkräftigen Erfüllung der den Gemeinschaftsgliedern in den existentiellen Zwecken vorgezeichneten Lebensaufgaben, d. h. seines vollmenschlichen Seins als Person.

4. Das Schulgebet und das Staatskirchenrechtsverhältnis.

a) Die kirchenpolitische Regelung im Grundgesetz.

Infolge unüberbrückbarer Gegensätze im Parlamentarischen Rat bei der Behandlung kirchenpolitischer Fragen war bei der Schaffung des Grundgesetzes an eine grundsätzliche kirchenpolitische Neuregelung nicht zu denken¹.

Ebensowenig wie den Verfassungsgebern von Weimar ist es den Vätern des Grundgesetzes gelungen, eine alle Parteien befriedigende Lösung zu finden. Als Kompromißlösung², nach Smend³ "nicht weit entfernt vom Typus der sogenannten Formelkompromisse", wurde beschlossen, die Kirchenartikel der WRV aufrechtzuerhalten. Art. 140 GG erklärt die Art. 136, 137, 138, 139 und 141 WRV zum Bestandteil des Grundgesetzes. Die inkorporierten

1) Vgl. IbdÖR nF Bd. 1, 899 ff.

2) BVerfGE 19, 218; a. A. Klaus Obermayer, Staatskirchenrecht im Wandel, DÖV 67, 10 Fußn. 2; Obermayer hält es schon angesichts der Entstehungsgeschichte des Art. 140 GG für zweifelhaft, ob diese Bestimmung wirklich eine "Verlegenheitslösung" ist. Seine Auffassung begründet Obermayer weiter mit dem Hinweis auf BVerfGE 19, 219, wonach die durch Art. 140 GG inkorporierten Artikel der WRV als vollgültiges Verfassungsrecht anzusehen sind und diese den gleichen Rang einnehmen wie die übrigen Normen des Grundgesetzes. Die Tatsache, daß die inkorporierten Artikel vollwirksam sind, schließt aber dennoch nicht aus, daß man sich auf sie und ihre volle Wirksamkeit aus Verlegenheit (über eine sachgerechte Lösung des Problems) geeinigt hat. Das Ausweichen einer konstituierenden Versammlung vor einer grundlegenden Entscheidung ändert, wenn sie trotzdem beschlossen wird, nichts an ihrem objektiven Geltungsinhalt. Hierzu Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 418 ff.

3) Rudolf Smend, a. a. O., S. 418.

Artikel sind damit vollgültige Verfassungsnormen geworden⁴, die den Schutz des Art. 79 GG genießen⁵. Gegenüber den anderen Artikeln des Grundgesetzes stehen sie nicht auf der Stufe minderen Ranges⁶.

Die Tatsache, daß durch Art. 140 GG die staatskirchenrechtlichen Verhältnisse der WRV "Bestandteil" des Grundgesetzes wurden, ließ zunächst einmal die Deutung zu, daß das staatskirchenrechtliche Verhältnis von Weimar in die neue westdeutsche Republik übernommen werden sollte⁷. Gegen eine bloße Wiederherstellung des Weimarer Verhältnisses zwischen Staat und Kirche spricht vor allem der grundsätzliche staatspolitische Wandel, der sich in den tragenden weltanschaulichen und politischen Ideen vollzogen und in den Verfassungen manifestiert hat. Die "Auswechslung des verfassungsrechtlichen Hintergrundes"⁸ sowie das veränderte Selbstverständnis der Kirchen selbst mußten daher zu einer Neuinterpretation der im Wortlaut unveränderten Vorschriften⁹ führen. So wurden, wie sich aus dem schriftlichen Bericht¹⁰ des Abg. Dr. von Brentano zur Inkorporation der Weimarer Kirchenrechtsartikel ergibt, schon sehr früh Stimmen laut, die der Ansicht

-
- 4) Siegfried Grundmann, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Kirchensteuersachen und das Staatskirchenrecht, JZ 67, 193, 194; BVerfGE 19, 219; BVerfGE 7, 192; Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140 II 1.
 - 5) Paul Mikat, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, IV 1, 1960, S. 118; Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140 II 1.
 - 6) BVerfGE 19, 219; BVerfGE 7, 193.
 - 7) Grundmann, a. a. O., S. 194; Grundmann hält es für angezeigt, auch die Kontinuität zwischen Weimar und Bonn zu betonen, da die Beachtung der vorhandenen Kontinuität neben den durch Art. 140 eingetretenen Wandlungen des Staatskirchenrechts allzu stark in den Hintergrund geraten sei.
 - 8) A. Köttgen, Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassungen der Nachkriegszeit, DVBl 52, 486.
 - 9) Treffend Smend, a. a. O., S. 411, wenn er feststellt, daß, wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, es deshalb noch nicht dasselbe sei; Ch. Link, Verfassungsrechtliche Fragen zur Aufhebung der "Staatskirche", BayBVL 66, 300, hält es für zutreffender, im Bereich der staatskirchenrechtlichen Verfassungsnormen nicht von einem Bedeutungswandel, sondern von einem Interpretationswandel zu sprechen.
 - 10) Siehe bei BVerfGE 19, 219, 220.

widersprachen, durch Art. 140 GG sollte nur eine rein technische Übernahme der Weimarer Kirchenartikel erfolgen, deren Auslegung primär unter dem Blickwinkel der früheren Reichsverfassung zu erfolgen habe. Nach von Brentanos Auffassung würden sich Sinn und Zweck dieser Artikel vielmehr nur erschließen, wenn man ihre Einbettung in das gesamte Wertsystem des Grundgesetzes, das Einbezogenensein in den Rahmen der Gesamtentscheidung, deren Ausdruck das Grundgesetz ist, bei der Auslegung mit heranziehe¹¹.

Auch Rudolf Smend stellt schon 1951 fest, daß angesichts der veränderten Lage der Dinge die wörtlich übernommenen Sätze der Weimarer Verfassung in der Welt der wirklichen Geltung unbeabsichtigt oder unvermeidlich etwas anderes besagen als früher im Zusammenhang mit der WRV¹².

Der Sinnwandel der inkorporierten Artikel ist seither fast allgemein anerkannt¹³. Auf diesen Sinnwandel haben zahlreiche juristische und parajuristische¹⁴ Faktoren eingewirkt, wobei gerade letztere naturgegebenerweise eine Neuinterpretation mittels der üblichen Methoden juristischer Interpretation erschweren, was sich insbesondere in der Schwierigkeit zeigt, das neu entstandene Beziehungssystem zwischen Staat und Kirche mittels der herkömmlichen juristischen Begriffe exakt zu beschreiben¹⁵.

11) Vgl. auch Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140 II 2.

12) Rudolf Smend, a. a. O., S. 418.

13) Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140 GG, Anm. II 5; Siegfried Grundmann, Das Bundesverfassungsgericht und das Staatskirchenrecht, JZ 66, 81; Köttgen, a. a. O., S. 486; H. Peters, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVD StRL 11 (1954), 177; W. Weber, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL 11 (1954), 157 ff; Ch. Link, BayVB1 66, 300.

14) Grundmann, JZ 66, 81, nennt als solche: Die geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche als ein wesentlicher Bestandteil der deutschen Gesamtgeschichte, die Rolle der Kirchen oder doch großer Teile von ihnen als führende Kräfte des Widerstandes zwischen 1933 und 1945, die Ausnützung der kirchlichen Auslandsverbindungen zur Linderung der Nachkriegsnot in Deutschland, die durch das Jahr 1945 im Unterschied zum Staat nicht zerstörte rechtliche Organisation und Handlungsfähigkeit der Kirchen.

15) Paul Mikat, a. a. O., S. 145.

Wenn auch noch viele Fragen des Staats - Kirchenverhältnisses im einzelnen einer Klärung bedürfen, so zeichnet sich dennoch, durch Rechtsprechung und Lehre gefördert, ein Grundpfeiler des derzeit geltenden Staatskirchenrechts ab. Es ist dies die Anerkennung der kirchlichen Eigenständigkeit und der Freiheit des kirchlichen Wirkens¹⁶. Die Anerkennung der kirchlichen Eigenständigkeit bringt zum Ausdruck, daß dem Staat als solchem in der allgemeinen Wertskala kein Vorrang zukommt¹⁷, daß die Herrschaftsgewalt der Kirchen eine ursprüngliche Herrschaftsgewalt zu eigenem Recht ist¹⁷, und daß die Kirchen, wie Hesse¹⁸ feststellt, gegenüber dem modernen weltlichen Gemeinwesen ein aliud sind.

Mit der Anerkennung der Unabhängigkeit der Kirchen vom Staat, der Eigenständigkeit ihrer Herrschaftsgewalt, die sich nicht vom Staat ableitet¹⁹, ist weder eine Staatskirche noch eine Staatskirchenhoheit im Sinne der älteren Lehre zu vereinbaren. Ebenso verbietet sich aber hierdurch auch die Annahme einer gesteigerten Staatsaufsicht oder besonderen Kirchenhoheit aufgrund ihrer Stellung als Körperschaft des öffentlichen Rechts²⁰, da infolge der Ursprünglichkeit ihrer Herrschaftsgewalt hierin keine Verleihung, sondern nur die Anerkennung ihrer Herrschaftsgewalt durch den Staat zum Ausdruck

16) Hesse, Kirche und Staat, in: Ev. Staatslexikon, B 3; BGHZ 22, 383; BVerfGE 19, 208 ff; Grundmann JZ 66, 82.

17) Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140, Anm. II 5 a; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4 (1953), S. 111 ff, 114.

18) Hesse, Kirche und Staat, in: Ev. Staatslexikon, B 3, Sp. 921; vgl. U. Bertermann, Zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, MDR 66, 881.

19) BVerfGE 18, 386; Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl., München und Berlin 1966, § 18 III 2, S. 141; A. Marré, Zur Koordination von Staat und Kirche, DVBl 67, 444; Dürig, Maunz-Dürig, Art. 19 III, RdNr. 39.

20) Hesse, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen, Zev. KR 11 (1964/65), 357, weist darauf hin, daß ein notwendiger Zusammenhang zwischen Öffentlichkeitsauftrag, öffentlicher Bedeutung und öffentlich-rechtlicher Stellung der Kirche nicht besteht. Daher "bleibt nur die historische Rechtfertigung, die aber im modernen Staat fragwürdig werden muß, weil in ihm jedes historische Recht, das sich nicht mehr aktuell zu legitimieren vermag, verjährt".

kommt²¹. Dem entspricht es, daß für das heutige Staatskirchenrecht die vor allem in der Weimarer Zeit vertretene Korrelatentheorie, wonach als notwendigem Korrelat der den Kirchen staatlicherseits gewährten, öffentlich-rechtlichen, gehobenen Stellung diese einer besonders gearteten Staatsaufsicht unterlag²², bis auf wenige Ausnahmen aufgegeben wurde²³.

b) Die Auslegung des Art. 137 III WRV und das veränderte Verständnis von Staat und Kirche.

Besondere Bedeutung für die gewandelte Sicht der Kirchen durch den Staat kommt Art. 137 III WRV zu, der den Religionsgesellschaften die selbständige Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten zusicherte, aber "innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes".

Gemäß der etatistischen Grundauffassung des Weimarer Systems wurde diese Einschränkung als Ausdruck für die Unterordnung unter die staatliche Rechtsordnung verstanden. In dieser Vorstellung zeichnet sich noch deutlich der Grundsatz des absolutistischen Staates "non debet esse status in statu" ab, was besonders klar bei Anschütz²⁴ zum Ausdruck kommt, wenn er erklärt: "Die Kirche ist auch nach heutigem Staatskirchenrecht ein innerstaatlicher, dem Staate untergeordneter Verband, kein Staat im Staat". Entsprechend deutete man das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in Art. 137 III WRV nur als Einschränkung einer kirchlichen Autonomie im Rahmen der für alle geltenden Gesetze, wobei man hierunter das für alle dem staatlichen Recht unterstehenden Rechtssubjekte maßgebliche Gesetz verstand²⁵.

21) BVerfGE 18, 387; Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140, Anm. II 5a; Mikat, a. a. O., S. 171; Maunz, a. a. O., § 18 III 2, S. 141.

22) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., 1933, Art. 137, Nr. 5.

23) Unter Berufung auf Anschütz, Nawiascky-Leusser, Kommentar zur Bayer. Verfassung, Art. 143, S. 226.

24) Anschütz, a. a. O., Art. 137, Nr. 4, S. 635.

25) Vgl. Ebers, Staat und Kirche, S. 292; Anschütz, a. a. O., Art. 137, Nr. 5; Anschütz ist darüber hinaus der Ansicht, daß Art. 137 III 1 WRV besondere, nur für Religionsgemeinschaften oder einzelne von ihnen bestimmte Gesetze nicht für schlechthin unzulässig erklärt.

Da Art. 140 GG Art. 137 WRV unverändert übernommen hat - im Gegensatz zur Verf. von RhPF²⁶, in der die Einschränkung der kirchlichen Autonomie bewußt fallen gelassen wurde - stellte sich die Frage, wie die Anerkennung der Freiheit kirchlicher Selbstbestimmung mit der Einschränkung des Art. 137 III 1 WRV "innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes" zu vereinbaren und wie diese Bestimmung zu interpretieren ist.

Holtkotten²⁷ ist der Ansicht, daß die Einschränkung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts im Widerspruch zum Grundgesetz steht, daher nicht Bestandteil des Grundgesetzes geworden und, da verfassungswidrig, als nichtig anzusehen ist. Dieser Auffassung ist die herrschende Meinung nicht gefolgt²⁸. Man hielt auch weiterhin an der Unterordnung der Kirche unter das "für alle geltende Gesetz" auch im Bereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes fest. Das hatte zur Folge, daß die Freiheit der kirchlichen Selbstbestimmung, wie Hesse²⁹ es formuliert, nur "als Gewährleistung eines nahezu uneingeschränkten Selbstbestimmungsrechts" verstanden wurde. Schlechthin frei waren die Kirchen nach dieser Auffassung nicht einmal innerhalb des Bereichs der eigenen Angelegenheiten, da auch hier ihrem Handeln die Schranken des für alle geltenden Gesetzes gezogen waren. Die notwendige Anpassung des Art. 137 III WRV an die Erfordernisse der Gegenwart wurde durch die Aushöhlung und Verdünnung "des für alle geltenden Gesetzes" vorgenommen³⁰.

Im Anschluß an die von Johannes Heckel³¹ gegebene Interpretation dieses Begriffes, der hierin eine "sinnvariiierende Formel" erblickt hatte, verstand die Rechtsprechung unter dem "für alle geltenden Gesetz" nicht mehr jedes Gesetz, das für jedermann gilt, sondern nur "jedes für die Gesamtnation als politische Kultur und Rechtsgemeinschaft unentbehrliche Gesetz, aber auch

26) Art. 41 II der Verf. von Rheinland-Pfalz lautet: "Die Kirchen und Religionsgemeinschaften haben das Recht, sich ungehindert zu entfalten. Sie sind von staatlicher Bevormundung frei und ordnen und verwalten ihre Angelegenheiten selbständig".

27) Holtkotten, in: Bonner Kommentar, Art. 140, Anm. II 3.

28) Grundmann, JZ 66, 82.

29) Hesse, Kirche und Staat, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 921.

30) Vgl. Grundmann, JZ 66, 82.

31) Johannes Heckel, Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, Verw. Arch. 37 (1932), 280 ff., 282.

nur ein solches Gesetz"^{32, 33}.

Zu Art. 137 III 1 WRV ist Mikat³⁴ der Ansicht, daß die Einschränkung der staatlichen Einwirkung auf den kirchlichen eigenen Bereich notwendig ist, bezweifelt aber, ob die von Heckel gegebene Definition hierzu das geeignete Mittel ist, "denn einerseits wäre etwa der Eingriff des Staates in das kirchliche Dogma unter keinen Umständen mit dem Selbstbestimmungsrecht der Kirche vereinbar, andererseits unterliegt die Kirche auch dort, wo ein Gesetz nicht unbedingt für die Gesamtnation unentbehrlich ist, dem staatlichen Gesetz, etwa polizeilichen Vorschriften"³⁵. Mikat unterscheidet daher zwischen solchen kirchlichen Tätigkeiten, die rein religiösen oder innerkirchlichen Charakter tragen und solchen, die auch Rechtswirkungen im staatlichen Rechtsbereich entfalten. "Nur im letzteren Fall unterliegen die Kirchen dem allgemeinen staatlichen Gesetz, insoweit es staatliche Angelegenheit ist, das in Frage stehende Rechtsgebiet für den staatlichen Bereich zu regeln"³⁵. Entscheidend hierfür ist nicht, daß die kirchliche Tätigkeit sich im weltlichen Bereich bemerkbar macht, vielmehr ist Voraussetzung, "daß die kirchliche Tätigkeit sich als rechtlich relevanter Akt auf einen wesensmäßig dem staatlichen Zuständigkeitsbereich zugewiesenen Gebiete darstellt". "Erzeugen kirchliche Handlungen Wirkungen nur im innerkirchlichen Bereich, so unterliegen sie nicht einmal den Schranken, die die grundlegenden Staatsgesetze für den gesamten staatlichen

32) Heckel, a.a.O., S. 284; BGHZ 22, 387.

33) oder wie BGHZ 34, 374, erklärt, diejenigen "Normen elementaren Charakters, die sich als Ausprägungen und Regelungen grundsätzlicher, jedem Recht wesentlicher, für unseren sozialen Rechtsstaat unabdingbarer Postulate darstellen"; vgl. auch LG Dortmund, in: Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik, Art. 140 GG, Nr. 9; BSG, DÖV 1962, 786 ff, 787; VG Hannover, NJW 63, 2338.

34) Paul Mikat, a.a.O., S. 178 ff.

35) Mikat, a.a.O., S. 178; Bedenken meldet auch Bertermann, a.a.O., S. 83, an, da unter Zugrundelegung dieser Definition es bisweilen nur schwer zu entscheiden ist, welche Gesetze als für alle geltend anzusehen sind. "Das rührt insbesondere daher, daß hier eine Wertung vorausgesetzt wird, die häufig auf der Grundlage der eigenen Stellung des Verhältnisses von Staat und Kirche fußt und gerade hierbei durchaus subjektiv und standortbezogen sein kann"; vgl. auch Hermann Weber, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, JuS 67, 433 ff., 440.

Rechtsbereich jedem rechtlichen Verhalten ziehen, wenn immer die Lehre von der ursprünglichen Hoheitsgewalt der Kirche zutreffend sein soll"³⁶.

Obermayer³⁷ vertritt die Auffassung, daß dem Staat auf seinem Gebiet die rechtliche Superiorität zukommt. Diese wird von Obermayer aus der unvermeidlichen Ordnungsfunktion des Staates im Interesse des einzelnen und der Gemeinschaft abgeleitet³⁸. Dennoch sieht er die "Eigenständigkeit" der Kirchen wie aller Religionsgemeinschaften ausdrücklich durch Art. 140 GG iV Art. 137 III WRV garantiert. Ihre zusätzliche Absicherung wird durch Art. 4 II GG vorgenommen³⁹.

Insoweit verfügen auch die Kirchen über einen verfassungsrechtlich geschützten Rechtskreis, der ausschließlich ihrer eigenen Regelungsbefugnis unterliegt. Der den Kirchen zugesprochene Rechtskreis ist nach Obermayer nicht unbeschränkt. "Die Grenzen des geschützten Rechtskreises werden bestimmt durch die Formel von den "Schranken des für alle geltenden Gesetzes" gem. Art. 137 III 1 WRV"⁴⁰.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 17. 2. 1965 gegen den eindeutigen Wortlaut des Art. 137 III WRV erklärt, daß die Kirchen, insoweit sie im Rahmen ihrer Selbstbestimmung tätig werden, nicht an "das für alle geltende Gesetz" im Sinne des Art. 140 GG iV m. Art. 137 III WRV gebunden seien⁴². Das Gericht begründet seine Entscheidung damit, daß nach dem kirchenpolitischen System des Grundgesetzes der Staat die Kirchen als Institutionen mit dem Recht der Selbstbestimmung anerkennt und daß die Kirchen unabhängig vom Staate sind und ihre Gewalt nicht

36) Mikat, a. a. O., S. 179.

37) K. Obermayer, a. a. O., S. 12, 13.

38) K. Obermayer, a. a. O., S. 13.

39) K. Obermayer, a. a. O., S. 13.

40) K. Obermayer, a. a. O., S. 13.

41) BVerfGE 18, 385 ff.

42) Vgl. hierzu die Besprechung dieser Entscheidung durch Siegfried Grundmann, Das Bundesverfassungsgericht und das Staatskirchenrecht, JZ 66, S. 81 ff. Grundmann spricht davon, daß der Beschluß in seiner Begründung eine Entscheidung contra constitutionem und contra legem sei. Dennoch hält er dieses Verfahren für sachlich gerechtfertigt, da dem Verfassungsgesetzgeber mit dem "Kunstgriff" des Art. 140 GG ein begreifliches Versagen und Ausweichen vorzuhalten sei, was zu Anachronismen führen mußte, wenn nicht das Schrifttum und die Rechtsprechung den Mut zur Rechtsfortbildung

von ihm herleiten⁴³. "Die Folge ist, daß der Staat in ihre inneren Verhältnisse nicht eingreifen darf"⁴³.

Das Gericht führt noch weiter aus, daß angesichts der religiösen und konfessionellen Neutralität des Staates nach dem Grundgesetz die Eigenständigkeit der Kirchen auch nicht durch ihren Charakter als Körperschaften des öffentlichen Rechts in Frage gestellt wird. "Infolge dieser öffentlichen Rechtsstellung und öffentlichen Wirksamkeit der Kirchen, die sie aus ihrem besonderen Auftrag herleiten und durch die sie sich von anderen gesellschaftlichen Gebilden grundsätzlich unterscheiden, ist kirchliche Gewalt zwar öffentliche, aber nicht staatliche Gewalt"⁴⁴.

Die partielle Freistellung der kirchlichen Tätigkeit von dem für alle geltenden Gesetz des Art. 137 III beschränkt sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auf den innerkirchlichen Bereich, der sich danach bemißt, "was materiell, der Natur der Sache nach oder Zweckbeziehung nach als eigene Angelegenheit der Kirche anzusehen ist"⁴⁵. Nur soweit die Kirchen vom Staat verliehene Befugnisse ausüben oder soweit ihre Maßnahmen den kirchlichen Bereich überschreiten oder in den staatlichen Bereich hineinreichen, betätigen die Kirchen mittelbar auch staatliche Gewalt mit der Folge, daß ihre Selbstbestimmung eine in der Sache liegende Einschränkung erfährt⁴⁵.

42) Fortsetzg. von S. 64:

aufbrachten. Das BVerfG hat nun nach Ansicht Grundmanns der versteckten Rechtsfortbildung den tarnenden Schleier zerrissen und dem ausgehöhlten "für alle geltenden Gesetz" für die eigenen Angelegenheiten der Kirche den Abschied gegeben. Daher kann man entgegen Link, a. a. O., S. 300, nicht von einem Interpretationswandel sprechen. Das Verständnis des Art. 137 III WRV, wie es in der Entscheidung des Gerichts zutage tritt, offenbart einen grundlegenden Bedeutungswandel.

43) BVerfGE 18, 386.

44) BVerfGE 18, 387.

45) BVerfGE 18, 387.

c) Der Beschluß des BVerfG vom 17. 2. 1965 und seine Bedeutung für das staatliche Souveränitätsverständnis.

Die wesentliche Bedeutung dieser Entscheidung liegt darin, daß in ihr das gegenüber der Weimarer Zeit gewandelte innere Souveränitätsverständnis des Staates zum Ausdruck kommt. Die Anerkennung der kirchlichen Eigenständigkeit und der Ursprünglichkeit ihrer Herrschaftsgewalt beinhaltet die Aufgabe des für den nach Omnipotenz und Omnikompetenz strebenden Staates kennzeichnenden Grundsatzes: "non debet esse status in statu". Als Folge ergibt sich aus der Anerkennung der kirchlichen Eigenständigkeit, daß zugleich ein Bereich kirchlichen Wirkens nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als außerhalb des Wirkungsbereichs der inneren Souveränität des Staates stehend angesehen werden muß⁴⁶.

Das hat weiter zur Folge, daß dem überkommenen Souveränitätsverständnis des Staates im Sinne der Allumfassenheit der Staatsgewalt eine klare Absage erteilt worden ist. Erkennt der Staat Bereiche an, die außerhalb der Sphäre liegen, die der Staat legitim regeln kann, so ist der Staat weder omnipotent noch omnikompetent, schon gar nicht allumfassend, auch nicht virtuell allumfassend im Sinne Herbert Krügers.

Eine aufschlußreiche Parallele kann hierbei zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 12, 3 bezüglich der Glaubensfreiheit gezogen werden. Auch hier kommt die Absage an die Vorstellung einer staatlichen Omnikompetenz infolge der Auskreisung des Staates aus dem Bereich des Religiösen durch Art. 4 GG klar zum Ausdruck, wenn das Gericht feststellt, daß es dem Staat nicht möglich ist, den Inhalt der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit näher zu bestimmen, da es dem Staat verwehrt ist, den Glauben oder Unglauben seiner Bürger zu bewerten. Wäre nämlich der Staat nicht aus dem Bereich des Religiösen ausgeschlossen, so stünde einer Bestimmung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit durch den Staat nichts im Wege, da durch die Erstreckung der staatlichen Kompetenzen auf das Religiöse automatisch die Zuständigkeit zur Bestimmung des Religiösen, somit zur Bewertung des Glaubens oder Unglaubens, gegeben wäre.

Nach dem Wortlaut der vom Bundesverfassungsgericht gegebenen Begründung folgt die Anerkennung der Kirchen als "Institutionen mit dem Recht auf Selbstbestimmung, die ihrem Wesen nach unabhängig vom Staat sind und ihre Gewalt nicht von ihm herleiten" aus der Tatsache, daß nach dem

46) Grundmann, JZ 66, 83.

kirchenpolitischen System des Grundgesetzes keine Staatskirche besteht, jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes ordnet und verwaltet und ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde verleiht⁴⁷.

Daß der im Wortlaut unverändert übernommene Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV, der die Kirchen selbst im innerkirchlichen Bereich *expressis verbis* dem für alle geltenden Gesetz unterwirft, die Freistellung der Kirchen von dem für alle geltenden Gesetz im innerkirchlichen Bereich bewirken soll, ist unverständlich. Daß gerade das Gegenteil aus Art. 137 III WRV folgt, erweist sich in den Bemühungen der Rechtsprechung und Lehre, den im Wortlaut unveränderten Artikel an die "Auswechslung des verfassungsrechtlichen Hintergrundes" und das geänderte Selbstverständnis der Kirchen anzupassen.

Dies legt die Vermutung nahe, daß das Gericht die Eigenständigkeit der Kirchen und Religionsgemeinschaften und die Ursprünglichkeit ihrer Herrschaftsgewalt entgegen seiner Begründung aus Art. 140 GG, iV 137 I und III WRV letztlich aus Art. 4 GG abgeleitet hat. Bestätigt wird dies durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14. 12. 1965⁴⁸, die Heranziehung juristischer Personen zur badischen Kirchensteuer betreffend. Das Gericht wiederholt hierin, daß vornehmstes Interpretationsprinzip die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes ist, und "daß die einzelnen Artikel des Grundgesetzes so ausgelegt werden müssen, daß sie mit den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes, insbesondere den Grundrechten, und seiner Werteordnung vereinbar sind"⁴⁹. Für das Verhältnis der inkorporierten Artikel zu anderen, im Grundgesetz unmittelbar getroffenen Regelungen, fordert daher das Gericht, daß dieses aus dem Zusammenhang der grundgesetzlichen Ordnung selbst zu bestimmen ist, "wobei von Bedeutung ist, daß das Grundgesetz nicht alle Bestimmungen der WRV über die Beziehungen von Kirche und Staat, insbesondere nicht den Art. 135 WRV, übernommen hat"⁵⁰.

Hieraus erhellt, daß es gerade der grundlegende Wandel im Verständnis der Religionsfreiheit ist, der die Neuinterpretation der inkorporierten Kirchenartikel durch das Bundesverfassungsgericht entscheidend beeinflusste.

47) BVerfGE 18, 386.

48) BVerfGE 19, 206 ff.

49) BVerfGE 19, 220; vgl. auch BVerfGE 1, 14, 32; 7, 198, 205.

50) BVerfGE 19, 219.

Geht man mit Holtkotten davon aus, daß die Grundrechte nicht mehr generell nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen sind, ihnen daher "auch keine ungeschriebenen, immanenten oder inhärenten Schranken, etwa in Gestalt aller sogenannten allgemeinen Staatsgesetze", gezogen sind, so folgt hieraus, da Art. 4 II GG die ungestörte Religionsausübung bewußt ohne jede Einschränkung gewährleistet, die Freistellung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts von der Unterordnung unter "das für alle geltende Gesetz" im Bereich des Religiös-Geistlichen.

Besonders deutlich wird die Notwendigkeit der Freistellung der Kirchen von dem für alle geltenden Gesetz des Art. 137 III WRV für den Bereich ihrer eigenen Angelegenheiten, wenn man, wie hier vertreten, Art. 4 nicht nur Abwehrfunktion, sondern auch Kompetenzabgrenzungsfunktion beimißt. Stellt Art. 4 klar, daß der Bereich des Weltanschaulich-Religiösen außerhalb der vom Staat zu regelnden Sphäre liegt, so kann die Herrschaftsgewalt der Kirchen, deren Wirken sich in erster Linie auf den Bereich des Religiösen erstreckt, nicht vom Staat abgeleitet sein.

Darüber hinaus ergibt sich, daß infolge der Auskreisung des Staates aus dem Bereich des Weltanschaulich-Religiösen eine Zuständigkeit des Staates zur Regelung dieses Bereichs verneint werden muß. Erstreckt sich aber die staatliche Kompetenz nicht auf den Bereich des Weltanschaulich-Religiösen, so gibt es in diesem Bereich auch kein für alle geltendes Gesetz des Staates im Sinne des Art. 137 III 1 WRV. Hieraus kann aber nicht die völlige Freistellung jeglichen kirchlichen Wirkens gefolgert werden. Art. 4 entzieht der staatlichen Souveränität nur den Bereich des Weltanschaulich-Religiösen. Demzufolge ist das kirchliche Wirken auch nur insoweit völlig frei von staatlicher Einflußnahme, als ihr Wirken sich im religiös-geistlichen Bereich bewegt, den sachgemäß freilich nur die Kirchen bestimmen können⁵¹.

Mit Grundmann⁵² wird man diesem Bereich aber nicht nur die spiritualia (Wortverkündigung, Sakramentsverwaltung, Kirchenstrafen, Kirchenzucht) zuzurechnen haben, sondern auch den für die Erfüllung dieses kirchlichen Auftrags notwendigen äußeren Rahmen (Kirchenverfassung und -organisation einschließlich des Ämterrechts).

51) Grundmann, JZ 66, 84.

52) Grundmann, JZ 66, 85.

Die Einschränkung der inneren Souveränität des Staates durch die Anerkennung eines außerhalb der staatlichen Sphäre liegenden Bereiches kirchlichen Wirkens hat zur Folge, daß eine irgendwie geartete Kompetenz des Staates zur Regelung innerkirchlicher Angelegenheiten verneint werden muß. Es besteht daher auch keine Kompetenz-Kompetenz des Staates, kirchliche Aufgaben an sich zu ziehen⁵³; abgesehen davon, daß, wie Dürig⁵⁴ treffend feststellt, der Staat gar nicht in der Lage ist, kirchliche Angelegenheiten öffentlich zu verwalten.

Wenn auch über den Umfang des innerkirchlichen Bereichs im einzelnen noch Meinungsverschiedenheiten bestehen, so ist zumindest zweifelsfrei, daß hierzu der Bereich des Religiös-Geistlichen zu rechnen ist. Die Auskreisung des Staates aus diesem Bereich hat zur Folge, daß der Staat als Spender von Sakramenten, als Verkünder des Wortes Gottes ausscheidet, "was schon rein soziologisch ein Unding wäre und heute von niemandem mehr gedanklich mitvollzogen würde"⁵⁵.

d) Das gewandelte Souveränitätsverständnis des Staates und die religiöse Erziehung der Jugend an den staatlichen Schulen

Fragt man sich, welche Konsequenzen sich aus der Anerkennung der Eigenständigkeit der Kirchen durch den Staat, aus der Anerkennung des innerkirchlichen Bereiches für die religiöse Erziehung der Jugend an den staatlichen Schulen ergibt, so ist vorab festzuhalten, daß der Staat als Träger der religiösen Erziehung ausscheidet⁵⁶.

Dies bedeutet nun nicht, daß an den staatlichen Schulen die religiöse Erziehung der Schüler ausgeschlossen ist. Ebensowenig, wie die Anerkennung der Glaubensfreiheit durch den Staat im Sinne einer Auskreisung des Staates aus dem Bereich des Weltanschaulich-Religiösen die Geringschätzung des Weltanschaulich-Religiösen durch den Staat beinhaltet, - sie erfolgte ja gerade, weil der Staat die fundamentale Bedeutung des Glaubens und der weltanschaulich geprägten Überzeugung für den einzelnen und für die Gemeinschaft anerkennt -, ebensowenig bedeutet die Anerkennung der kirchlichen Eigenständigkeit und die damit vollzogene Trennung staatlicher und kirchlicher

53) Dürig, in Maunz-Dürig, Art. 19 III, Rdnr. 39.

54) Dürig, a. a. O., Art. 19 III, Rdnr. 39.

55) Dürig, a. a. O., Art. 19 III, Rdnr. 39.

56) Zur Frage der staatl. Bekenntnisschule und des Religionsunterrichts als ordentliches Schulfach der staatlichen Schule, siehe I 5 f und I 5 c.

Sphären die Ausschaltung der Kirchen aus dem Bereich der religiösen Erziehung der Jugend. Da der Staat einerseits als Träger der religiösen Erziehung der Jugend nicht in Betracht kommt, er andererseits die Bedeutung der religiös und weltanschaulich geprägten Überzeugung für die Bildung der menschlichen Persönlichkeit anerkennt, ist der Staat gehalten, der religiös-weltanschaulich geprägten Erziehung der Jugend an den staatlichen Schulen - insbesondere, weil der staatlichen Schule praktisch Monopolstellung zukommt - Raum zu geben und, da er selbst als Träger religiöser Erziehung ausscheidet, den hierfür prädestinierten Institutionen, den Religionsgemeinschaften, den entsprechenden Einfluß zu gewähren.

In konsequenter Verfolgung der offenen Neutralität des Staates und der Anerkennung der Trennung staatlicher und kirchlicher Bereiche hat die Bayerische Verfassung völlig richtig in Art. 127 BV das eigene Recht der Religionsgemeinschaften und staatlich anerkannten Weltanschauungsgemeinschaften auf einen angemessenen Einfluß bei der Erziehung der Kinder ihres Bekenntnisses oder ihrer Weltanschauung, unbeschadet des Erziehungsrechts der Eltern, anerkannt. Folgerichtig sieht der bayerische Staat in Art. 133 I 3 BV die anerkannten Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften als Bildungsträger im Bereich des Schulischen an. Gerade diese Verfassungsbestimmungen machen die Abkehr des Staates von einer etatistischen Staatsauffassung deutlich und zeigen, wie ernst es dem bayerischen Staat ist, ein Übergreifen des Staates auf außerhalb seiner Souveränitätssphäre liegende Bereiche zu verhindern.

Zu der hier aufgezeigten Haltung des Staates im Widerspruch steht aber die Anordnung staatlicher Schulgebete. Denn erkennt der Staat, wie sich aus den Art. 127, 133 I 3 BV ergibt, die Zuständigkeit der Religionsgemeinschaften für die religiöse Erziehung der Schüler an, so verbietet sich für den Staat das Eindringen in den religiösen Erziehungsbereich. Das Gebet aber stellt sich als Akt des Glaubens dar und ist somit dem religiösen Bereich zuzurechnen. Auch ein in der schulischen Gemeinschaft gesprochenes Gebet verliert hierdurch seinen religiösen Charakter nicht. Die Erziehung der Kinder zum Gebet und durch das Gebet ist demnach religiöse Erziehung. Diese ist den Religionsgemeinschaften vorbehalten. Nur sie können bestimmen, ob, wann, wie und was gebetet werden soll. Selbst wenn der Staat nur feststellt, daß in den Schulen gebetet werden soll, damit die Kinder zur inneren Besinnung gelangen, so handelt es sich hierbei dennoch um ein Übergreifen des Staates in die Sphäre der den Religionsgemeinschaften vorbehaltenen, religiösen Erziehung der Schüler, da auch die Frage, ob gebetet werden soll,

ein Akt religiöser Entscheidung ist, der sachgemäß nur von den Religionsgemeinschaften für die ihrem Bekenntnis angehörenden Kinder beantwortet werden kann.

5. Die Kompetenz des Staates zur Veranstaltung von Schulgebeten als Annexkompetenz zum Religionsunterricht.

Nach Art. 7 III 1 GG ist der Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen, mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen, nach Art. 136 II 1 BV an allen Volksschulen, Berufsschulen, mittleren und höheren Lehranstalten ordentliches Lehrfach. Es ist daher zu prüfen, ob sich eine Kompetenz des Staates zur Veranstaltung eines Schulgebetes an den genannten Schularten als Annex zum Religionsunterricht ableiten läßt.

Von Zezschwitz¹ vertritt in einer kritischen Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Hess StGH vom 27. 10. 1965² die Ansicht, daß der säkulare Staat uneingeschränkte religiöse und weltanschauliche Indifferenz zu üben habe³, und daß eine ausdrücklich normierte, eigenständige Kompetenz für staatliche Organe, Verkündigung religiöser oder weltanschaulicher Dinge zu betreiben, nicht bestehe⁴. Er untersucht dann, ob sich aus Art. 7 III GG als Annex zur staatlichen Zuständigkeit für den Religionsunterricht an den Schulen in extensiver Auslegung eine derartige Kompetenz gewinnen läßt. Von Zezschwitz sieht in Art. 7 III GG die einzige Systemwidrigkeit des Grundgesetzes im Bereich der dem Staat versagten, religiösen und weltanschaulichen Verkündigung, da in Art. 7 III GG ausnahmsweise eine Identifikation des Staates durch seine Organwalter mit dem absoluten Geltungs- und Wahrheitsanspruch eines Glaubens gestattet würde. Die partielle Identifikation des Staates in Person des Organwalters mit den absoluten Glaubenswerten ergibt sich nach von Zezschwitz daraus, daß der Staat sachliche und persönliche Mittel für die Veranstaltung des Religionsunterrichts bereitstelle und er überhaupt nur durch Rechtsakte seiner Organwalter wirksam werde⁵.

Hieraus schließt von Zezschwitz, daß, "wenn überhaupt eine Rechtfertigung für eine staatliche Kompetenz zur Darbietung von Schulgebeten gegeben werden kann, so allenfalls als Annex zu dem verfassungsrechtlichen Auftrag, Religionsunterricht zu erteilen"⁵.

1) Von Zezschwitz, Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet, JZ 66, 337 ff.

2) Hess StGH NJW 66, 31 ff. = DÖV 66, 51 ff.

3) Von Zezschwitz, a. a. O., S. 339.

4) Von Zezschwitz, a. a. O., S. 342.

5) Von Zezschwitz, a. a. O., S. 342.

Für die Bekenntnisschulen⁶ vertritt von Zezschwitz die Auffassung, daß das Gebet dennoch nur unter der Voraussetzung zulässig sei, daß die Lehrstunde, in der das Gebet veranstaltet wird, das Lehrfach Religion betrifft. Dieses Ergebnis gewinnt von Zezschwitz aus dem Verständnis des Begriffs "ordentliches Lehrfach", denn als ordentliches Lehrfach muß der Religionsunterricht auf die dafür vorgesehenen Planstunden beschränkt sein und darf nicht hintergründig oder auch ausdrücklich in anderen Fachstunden erteilt werden. Dies hat zur Folge, daß eine Zuständigkeit für das tägliche Schulgebet nicht als Annex zum Religionsunterricht gerechtfertigt werden kann.

Für die öffentlichen Bekenntnisschulen dagegen bejaht von Zezschwitz ein tägliches Schulgebet, was Folge ihres "verfassungsrechtlich nicht unbedenklichen, traditionell jedoch überkommenen"⁷ Erziehungsauftrags ist. Da in ihnen der gesamte Unterricht, also nicht nur der Religionsunterricht, auf der Grundlage und im Einklang mit den Glaubenssätzen und der Dogmatik desjenigen Bekenntnisses erteilt werde, für dessen Angehörige die Schule eingerichtet sei, können auch außerhalb des Religionsunterrichts Schulgebete veranstaltet werden.

Auch Hofmann⁸ sieht im täglichen Schulgebet einen Annex zum Religionsunterricht und folgert hieraus, daß in der bekenntnisfreien oder weltlichen Gemeinschaftsschule ein Schulgebet nicht stattfinden könne, da es die institutionalisierte Bekenntnislosigkeit des Unterrichts durchbrechen und die Sonderstellung gegenüber den anderen Schultypen aufheben würde⁹.

6) Offenbar versteht von Zezschwitz unter dem Begriff "Bekenntnisschule" die Bekenntnisschule im formellen Sinn, die dadurch gekennzeichnet ist, daß in ihr eine bekenntnishomogene Schülerschaft von Lehrern des gleichen Bekenntnisses unterrichtet wird. Hierauf deutet insbesondere hin, daß nach Ansicht von von Zezschwitz in der öffentlichen Bekenntnisschule, die er der Bekenntnisschule gegenüberstellt, der Gesamtunterricht gemäß den Grundsätzen des entsprechenden Bekenntnisses erteilt wird, wodurch diese als Bekenntnisschule im materiellen Sinne anzusehen ist.

7) Von Zezschwitz, a. a. O., S. 342.

8) Werner Hofmann, Christliche Gemeinschaftsschule in verfassungsrechtlicher Sicht, DVBl 67, 439 ff.

9) Hofmann, a. a. O., S. 439, Fußnote 6.

Für die formell¹⁰ christliche Gemeinschaftsschule vertritt Hofmann die Auffassung, daß hier als Annex zum Religionsunterricht ein tägliches Schulgebet möglich sei, "wenn es von den Kindern gebetet wird, die sich am Religionsunterricht beteiligen und die übrigen Kinder die Möglichkeit haben, fernzubleiben". Eine Verletzung des "sog. Rechts, zu verschweigen, daß und was man glaubt" durch das tägliche Schulgebet erfolgt nach Hofmann deshalb nicht, weil die Kinder sowieso offenbaren müssen, ob sie am verfassungsrechtlich gesicherten Religionsunterricht teilnehmen oder nicht, und eine zusätzliche Beeinträchtigung durch das Schulgebet als Annex zum Religionsunterricht nicht eintrete¹¹. Hofmann spricht zwar nur davon, daß das Schulgebet als Annex zum Religionsunterricht anzusehen ist, daß er dabei aber die Zuständigkeit des Staates zur Veranstaltung von Schulgebeten in den öffentlichen Schulen im Auge hat, ergibt sich aus seiner Ablehnung¹² der von von Zezschwitz¹³ vertretenen Auffassung, wonach sich eine staatliche Kompetenz zur Veranstaltung von Schulgebeten als Annexkompetenz zum Religionsunterricht in Gemeinschaftsschulen nicht ableiten lasse.

Sowohl von Zezschwitz wie auch Hofmann gehen bei ihrer Überlegung davon aus, daß sich aus Art. 7 III 1 GG eine staatliche Kompetenz zur Erteilung des Religionsunterrichts ergibt, denn eine Kompetenz des Staates zur Darbietung von Schulgebeten in den öffentlichen Schulen kann als Annex zum Religionsunterricht nur dann hergeleitet werden, wenn der Staat selbst für die Erteilung des Religionsunterrichts zuständig ist, da eine Annexkompetenz zumindest eine Grundkompetenz voraussetzt.

Von einer Annexkompetenz des Staates zur Darbietung von täglichen Schulgebeten kann daher allenfalls dann gesprochen werden, wenn der Staat zur

10) Von einer formell christlichen Gemeinschaftsschule spricht Hofmann dann, wenn in der Gemeinschaftsschule der Religionsunterricht ordentliches Schulfach ist, die Hinführung zum christlichen Glauben im Religionsunterricht erfolgt und davon abgesehen wird, den übrigen Unterricht an allgemein christlichen Grundsätzen zu orientieren; vgl. Hofmann, a. a. O., S. 440; die bekenntnisfreie oder weltliche Gemeinschaftsschule wird dadurch gekennzeichnet, daß in ihr der Religionsunterricht kein ordentliches Lehrfach ist.

11) Hofmann, a. a. O., S. 440.

12) Hofmann, a. a. O., S. 440.

13) Von Zezschwitz, a. a. O., S. 342 ff. II 5 c.

Erteilung des Religionsunterrichts zuständig ist. Nun bestimmt zwar Art. 7 III 1 GG sowie Art. 136 II 1 BV, daß der Religionsunterricht an den jeweils aufgeführten Schulen ordentliches Lehrfach ist, ob sich hieraus aber eine Kompetenz des Staates zur Erteilung des Religionsunterrichts ableiten läßt, ist zweifelhaft.

a) Der Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen - eine Staatsaufgabe ?

Eine Kompetenz des Staates zur Erteilung des Religionsunterrichts läßt sich hieraus nur dann ableiten, wenn die Aufgabe der religiösen Erziehung der Jugend, die zu den ureigensten Aufgaben der Religionsgemeinschaften gehört, durch Art. 7 III zur Staatsaufgabe erklärt wurde, was offenbar Fischer¹⁴ annimmt, der jedoch hierin eine atavistische Regelung sieht, zu der eine politische Entscheidung gegen alle Vernunft geführt hat¹⁵. Von Mangoldt-Klein¹⁶ vertritt die Ansicht, der Satz, daß der Religionsunterricht "ordentliches Lehrfach" sei, beinhalte die grundsätzliche Entscheidung, daß dieser Unterricht "nicht als private, eigenständige Angelegenheit den Religionsgemeinschaften überlassen bleibt, sondern zum integrierenden Bestandteil der staatlichen Schulorganisation und -arbeit erhoben wird". Damit habe der Staat ein ursprünglich kirchliches Anliegen zu einem auch staatlichen erklärt. Die religiöse Bildung der Schüler gehört nach von Mangoldt-Klein¹⁷ zum Bildungsziel der Schulen und ist ein nicht wegzudenkender Bestandteil der Schulerziehung.

Hans Heckel¹⁸ kommt beim Vergleich von Art. 149 WRV und Art. 7 II GG zur Feststellung, daß sich diese Bestimmungen, wenn auch nicht wörtlich, so doch voll inhaltlich decken; Art. 7 II GG enthalte gegenüber Art. 149 kein neues Recht. Insbesondere könne aus dem Fehlen des Satzes 2 von Art. 149 I WRV (seine Erteilung wird im Rahmen der Schulgesetzgebung geregelt) nicht entnommen werden, daß der Religionsunterricht keine staatliche Veranstaltung mehr sei, sondern den Kirchen obliege. Dem widerspreche sein Charakter als ordentliches Lehrfach. Überdies hätte es der Feststellung, daß er in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Kirchen zu erteilen ist, nicht mehr bedurft, wenn der Religionsunterricht eine kirchliche Veranstaltung geworden wäre.

14) Erwin Fischer, Trennung von Staat und Kirche, München 1964, S. 228.

15) Fischer, a. a. O., S. 231.

16) Von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 7, Anm. V 2.

17) Von Mangoldt-Klein, a. a. O., Art. 7, Anm. V 2.

18) Hans Heckel, Grundgesetz und Schule, DÖV 50, 3.

Auch Schmoeckel¹⁹ vertritt die Auffassung, daß der Religionsunterricht nach traditionellem deutschem Schulrecht Aufgabe der vom Staat geleiteten und beaufsichtigten öffentlichen Schulen ist. Von Mangoldt-Klein²⁰ folgend, bezeichnet er die religiöse Bildung aller Schüler als zum Bildungsziel der Schule gehörend. Der Staat sei der Unternehmer des Religionsunterrichts. "Der Staat als Unternehmer des Religionsunterrichts läßt diesen durch die seiner Herrschaft unterstehenden Schulen erteilen, er gibt den Schulen den "Auftrag" dazu. Denn nur der Staat als Herr der Schule kann dieses vorschreiben, welche Fächer zum Lehrplan gehören sollen"²¹. Andererseits erklärt Schmoeckel, daß es nicht zweifelhaft sei, "daß die religiöse Unterweisung eigenes und ursprüngliches Recht der Kirchen war und ist". Die Kirchen dürften "gegen eine Erteilung des Religionsunterrichts in den staatlichen Schulen nicht nur nichts einzuwenden haben", sondern sie müßten es sogar positiv wünschen, damit der Staat diese Aufgabe übernehmen könne²³.

Dieses Recht habe der Staat aber fast unmerklich im Verlauf eines langen geschichtlichen Prozesses erhalten²³. Als zusätzliches Argument führt Schmoeckel das dem Staat praktisch zukommende Schulmonopol ins Feld. "Solange der Staat in Deutschland an dem - praktisch vorhandenen, wenn auch nicht gesetzlich ausgesprochenen - Schulmonopol für die öffentliche Schule festhält und es den Kirchen dadurch sehr erschwert, selbst in kircheneigenen Schulen die religiöse Unterweisung der zu ihrer Gemeinschaft gehörenden Kinder vorzunehmen, solange muß der Staat auch die Aufgabe des Religionsunterrichts in seinen Schulen wahrnehmen. Andernfalls würde der Staat die große Mehrheit der Schüler eines bisher für unerläßlich gehaltenen Bildungsfaktors berauben, und er würde gegen den Geist der freundschaftlichen Zusammenarbeit mit den Kirchen verstoßen"²⁴.

19) Reinhard Schmoeckel, Der Religionsunterricht, in: Schule in Staat und Gesellschaft, Berlin 1964, S. 51 ff, 55.

20) v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V 2.

21) Schmoeckel, a. a. O., S. 56.

22) Schmoeckel, a. a. O., S. 58.

23) Schmoeckel, a. a. O., S. 59; den Religionsunterricht als staatliche Aufgabe betrachtet auch Hermann Weber, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, JuS 67, 433 ff., 443.

24) Schmoeckel, a. a. O., S. 126, 127.

b) Rechtstheoretisch läßt sich der Religionsunterricht auch als kirchliche Aufgabe an den staatlichen Schulen aus dem Grundgesetz begründen.

Betrachtet man nun die Argumente, die zur Begründung der Auffassung vorgetragen werden, daß der Religionsunterricht eine staatliche Aufgabe sei, so finden sich im wesentlichen drei Gesichtspunkte. Zum einen die Formulierung des Art. 7 GG "ordentliches Lehrfach", zum anderen die historische Entwicklung und zum dritten das faktische, staatliche Schulmonopol.

Daß keines dieser Argumente zwingend nachweist, daß der Religionsunterricht an den Schulen zu den staatlichen Aufgaben zählt, ergibt sich schon daraus, daß auch eine solche Interpretation mit Art. 7 GG in Einklang steht, die von der kirchlichen Zuständigkeit zur Erziehung der Kinder ihres Bekenntnisses und der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates ausgeht. Denn wenn dem Staat faktisch ein Schulmonopol zukommt und er religiös und weltanschaulich neutral ist, der Staat also eine religiös geartete Erziehung nicht durchzuführen vermag, er darüber hinaus aber die Bedeutung der religiös und weltanschaulich geprägten Erziehung für die Charakterbildung anerkennen muß und auch anerkennt, so verbleibt dem Staat nur noch die Möglichkeit, den zur religiösen Erziehung zuständigen und einzig sachverständigen Institutionen Einfluß in der von ihm beherrschten Schule zu gewähren.

Die Folgerungen, die sich hieraus ergeben, zieht das Grundgesetz in Art. 7 zum einen dadurch, daß die religiöse Erziehung überhaupt in dem vom religiös und weltanschaulich neutralen Staat beherrschten schulischen Bereich Aufnahme findet, was in Art. 7 III 1 zum Ausdruck kommt, indem dort festgestellt wird, daß der Religionsunterricht - der Bedeutung der religiösen Erziehung für die Charakterbildung entsprechend - ordentliches Lehrfach und somit den übrigen Fächern gleichwertig ist. Zum anderen, daß in Anerkennung der kirchlichen Zuständigkeit zur religiösen Erziehung, in Modifizierung des Art. 7 I GG, der das gesamte Schulwesen unter die Aufsicht des Staates stellt, in Art. 7 III GG klargestellt wird, daß der Inhalt des Religionsunterrichts sich an den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften auszurichten hat. Die in Art. 7 III GG zum Ausdruck gekommene Einschränkung der staatlichen Schulherrschaft hat zur Folge, daß es die Religionsgemeinschaften sind - nicht der Staat -, die zu bestimmen haben, was Lehrstoff des betreffenden Religionsunterrichts ist, welche Glaubenssätze gelehrt werden und in welcher Methode der Lehrstoff dargeboten wird. Nur bei Anerkennung der Auffassung, daß die religiöse Erziehung der Jugend kirchliche,

nicht staatliche Aufgabe ist, folgt die im Ergebnis zu Recht von Schmoeckel vertretene Ansicht, daß der Religionsunterricht weder zusätzliche Lehren enthalten dürfe²⁵, die die Kirche nicht anerkennt oder gar ablehnt, "selbst dann nicht, wenn sie vom Staat aus gesehen unbedenklich oder sogar fördernd erscheinen", da nur dann dem Staat die zur Bestimmung des Inhalts notwendigen Maßstäbe fehlen. Würde die religiöse Erziehung der Schüler eine staatliche, weil schulische Aufgabe sein, der Staat damit ein zweifellos ursprüngliches, kirchliches Anliegen übernommen haben, so ist nicht recht einzusehen, warum der Staat dann nicht in der Lage sein sollte, auch den Inhalt seiner Aufgabe - die religiöse Erziehung - zu bestimmen.

Da die Bereitschaft des Staates zur Gewährleistung des kirchlichen Einflusses im Bereich der schulischen Erziehung Folge seiner offenen religiösen und weltanschaulichen Neutralität ist, findet die Einflußnahme der Religionsgemeinschaften dort ihre Grenzen, wo die Verpflichtung des Staates zur offenen Neutralität, die ja nicht nur den Religionsgemeinschaften, sondern allen Staatsbürgern gegenüber besteht, verletzt wurde²⁶. In Verfolg dieser Grundsätze erklärt Art. 7 II GG, daß die Erziehungsberechtigten das Recht haben, über die Teilnahme ihres Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen, was negativ ausdrückt, daß die kirchliche Einflußnahme auf die Erziehung der Kinder ihre Schranke am entgegenstehenden Willen der Eltern findet. Eine Gewährleistung einer unbeschränkten Einflußnahme auf die Erziehung der Kinder durch die Kirchen wäre eine Verletzung der dem Staat obliegenden Neutralität. Unter diesem Gesichtspunkt will auch die Bestimmung des Art. 7 III 2 verstanden sein, wonach der Religionsunterricht "unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechts" erteilt wird. Die Gewährleistung der Einflußnahme der Kirchen auf die Erziehung der Schulkinder geht nicht so weit, daß im Religionsunterricht z. B. die religiöse Haltung von Schülern anderer Bekenntnisse diffamiert werden kann.

Zeigt sich hierdurch, daß die Interpretation, die von einer staatlichen Aufgabe bei der religiösen Erziehung in den öffentlichen Schulen entspricht, deshalb nicht zwingend ist, weil auch eine Interpretation mit der Basis einer kirchlichen Erziehungsaufgabe sich dem Normgefüge des Art. 7 einordnen läßt, so kann eine verbindliche Antwort auf die Frage, ob der Staat unter der Geltung des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung von der

25) Schmoeckel, a. a. O., S. 133

26) Den engen Zusammenhang der Vorschriften über die Erteilung des Religionsunterrichts mit Art. 4 I GG betont Maunz, in: Maunz-Dürig, Art. 7, Rdnr. 3.

Zugehörigkeit des schulischen Religionsunterrichts zum staatlichen oder kirchlichen Aufgabenbereich ausgegangen ist, nur durch die Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Ausgestaltung des Religionsunterrichts und des in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Beziehungssystems von Staat und Kirche gefunden werden.

d) Die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung des Religionsunterrichts an den öffentlichen Schulen beweist, daß die religiöse Erziehung kraft staatlichen Auftrags zwar schulische, nicht aber staatliche Aufgabe geworden ist.

Ein eindeutiger Hinweis darauf, daß der Verfassungsgeber von einer kirchlichen Aufgabe bei der Erteilung des Religionsunterrichts ausgegangen ist, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 7 GG.

So wurde schon in den Beratungen des Schulartikels im Hauptausschuß in erster Lesung die von der CDU vorgeschlagene Fassung "er (Religionsunterricht) wird nach den Grundsätzen der Kirchen in ihrem Auftrag und unter ihrer Aufsicht erteilt" angenommen²⁷. Hierin kam sowohl das gewandelte Selbstverständnis des Staates als auch die hieraus folgende Anerkennung der Zugehörigkeit der religiösen Erziehung zum Zuständigkeitsbereich der Kirchen eindeutig zum Ausdruck. Aus der Tatsache, daß die endgültige Fassung des Art. 7 nicht mehr vom Auftrag der Kirchen und ihrem Aufsichtsrecht spricht, kann nun nicht geschlossen werden, daß die veränderte Formulierung Folge eines diesbezüglich grundsätzlichen Auffassungswandels des Verfassungsgebers ist. Diese Fassung erregte Bedenken, aber nicht, wie Schmoekel²⁸ treffend feststellt, "weil man sich die Kirchen nicht als Auftraggeber vorstellen konnte, sondern weil die Mehrheit im Hauptausschuß - irrigerweise übrigens - befürchtete, die Worte "unter Aufsicht der Kirchen" würden die überholte Institution der geistlichen Schulaufsicht wiederherstellen".

27) JbdÖR nF Bd. 1, S. 105; Der allgm. Redationsausschuß gab im Anschluß an diese Lesung am 13. 12. 48 folgende Fassung zu Art. 7 b, Abs. 2, heraus: "Der Religionsunterricht ist in allen Schulen ordentliches Lehrfach. Er wird nach den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften in ihrem Auftrag und unter ihrer Aufsicht erteilt"; vgl. JbdÖR S. 105.

28) Schmoekel, a. a. O., S. 57; so sprach der Abg. Prof. Huess, von dem der Abänderungsantrag ausging, auf dem die endgültige Fassung des Art. 7 GG beruht, selbst davon, daß der Religionsunterricht traditionelles Recht der Kirchen, Religionsausübungsrecht, sei; vgl. JbdÖR, S. 103.

Die Anerkennung der kirchlichen Zuständigkeit bei der Ausgestaltung des Religionsunterrichts kommt sinnfällig schon in den Einleitungssätzen zum Ausdruck, mit denen die Religionslehrpläne vom Staat bekannt gemacht werden.

So beginnt etwa der Bildungsplan für die bayerischen Volksschulen²⁹:
"Die Bestimmungen für den katholischen und evangelischen Religionsunterricht sind von den zuständigen kirchlichen Oberbehörden erstellt worden", oder bezüglich der Stoffpläne für den Religionsunterricht an den Berufsfachschulen und Fachschulen für Mädchen: "Sie sind verbindliche Weisungen der kirchlichen Oberbehörden"³⁰.

In Hinsicht auf die Person und Ausbildung sind im Konkordat des Freistaates Bayern mit dem Heiligen Stuhl vom 29. März 1924 und im Vertrag mit der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924 eingehende Regelungen getroffen, die den bestimmenden Einfluß der Kirchen auf die Gestaltung der Religionserziehung sicherstellen.

So müssen die Volksschullehrer und -lehrerinnen geeignet und bereit sein, in zuverlässiger Weise zu unterrichten und im Geiste des betreffenden Glaubens die Kinder zu erziehen. Als weitere Voraussetzung sehen die Kirchenverträge vor, daß die Lehrer und Lehrerinnen, die an den Volksschulen Religionsunterricht erteilen wollen, den Nachweis erbringen, daß sie für die Erteilung von Religionsunterricht eine entsprechende Ausbildung auf einer konfessionellen Lehrerbildungsanstalt empfangen haben. Nach Art. 136 IV BV, Art. 5 § 2 Konk. sowie Art. 6 I KV ist der Besitz der *missio canonica* bzw. der kirchlichen Bevollmächtigung notwendige Voraussetzung für die Erteilung des Religionsunterrichts durch einen Lehrer. Hierdurch können die Kirchen Lehrer, die sie für ungeeignet halten, durch die Nichtgewährung der Vollmacht von der Erteilung des Religionsunterrichts ausschließen³¹.

29) Abgedruckt in: Schulrecht, Ergänzbare Sammlung der Vorschriften für Schule und Schulverwaltung in Bayern, hrsg. von Paul Seipp und Emil Keßler, III c 1/3.

30) Abgedruckt in: Schulrecht, a. a. O., III c 1/11.

31) Vgl. hierzu auch Schmoeckel, a. a. O., S. 140 ff., 150.

Umgekehrt ist aber der Staat nicht verpflichtet, einen Lehrer, dem die kirchliche Bevollmächtigung von den Kirchen erteilt wurde, für den Religionsunterricht einzusetzen. Die Bindung des Staates an die Bevollmächtigung beinhaltet die staatliche Anerkennung dieses rein kirchenrechtlichen Instituts. Sie wird, wie Schmoeckel³² aus der Entstehungsgeschichte des Art. 7 GG nachgewiesen hat, auch von Art. 7 III 1 GG gefordert³³. Die *missio canonica* bzw. die kirchliche Bevollmächtigung ist jederzeit widerruflich. Ihre Entziehung hat für den Lehrer die Verpflichtung zur Folge, sich des Religionsunterrichts zu enthalten, und für die staatliche Schulaufsichtsbehörde, den betreffenden Lehrer vom Religionsunterricht zu entbinden³⁴.

In der großen Mehrzahl der Schulen wird der Religionsunterricht von staatlichen Lehrern erteilt, auf deren Auswahl und Ausbildung den Kirchen - wie oben gezeigt - weitreichende Einflußmöglichkeiten gewährt sind. Daneben aber erteilen in Bayern traditionell auch Geistliche den Religionsunterricht³⁵. Neben den hauptamtlichen Religionslehrern an den höheren Schulen, die staatliche Lehrkräfte sind, übernehmen an den Volksschulen insbesondere die Ortsgeistlichen die religiöse Unterrichtung. Bis zum Erlass des Volksschulgesetzes bestand hierfür keine gültige gesetzliche Grundlage seitens des Staates. Die Tätigkeit der Geistlichen erklärte sich aus der ursprünglichen Anschauung, daß der Religionsunterricht grundsätzlich Sache der Kirche sei, ihr also auch die Bereitstellung der nötigen Lehrkräfte oblag, während der Staat den Unterricht gleichzeitig als schulische Angelegenheit anerkannte und deshalb seine Lehrkräfte zur "Mitwirkung" zur Verfügung stellte. Art. 20 III VoSchG trägt dieser Auffassung Rechnung und bestimmt ausdrücklich, daß die von den Kirchen und Religionsgemeinschaften bestellten Religionslehrer den gesamten Religionsunterricht selbst erteilen können.

32) Schmoeckel, a. a. O., S. 149.

33) Ebenso Theodor Maunz, Staat und Schule im Verfassungsrecht, Festschrift für Johannes Heckel (Für Kirche und Recht) 1959, S. 5; H. Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV, 1. Halbband, S. 423. Dagegen hält v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V 4 und Nawiasky-Lechner, Art. 136 BV, S. 133, die gesetzliche Bindung des Staates an die kirchliche Bevollmächtigung zwar mit dem Grundgesetz vereinbar, erachteten sie aber nicht in ihm als positiv vorgeschrieben.

34) Peters, a. a. O., S. 425.

35) Vgl. Schmoeckel, a. a. O., S. 189 und die auf S. 189 in Fußnote 31 zitierte Bekanntmachung des bayer. Kultusministeriums.

Aus Art. 45 VoSchG ergibt sich, daß diese Religionslehrer in keinem Dienstverhältnis zum Freistaat Bayern stehen.

Die Fragen der Abgrenzung der Aufsichtsrechte über den Religionsunterricht zwischen staatlicher Schulaufsicht und den Kirchen sind in Bayern durch Art. 26 VoSchG geregelt worden. Art. 26 I VoSchG bestimmt, daß sich die staatliche Schulaufsicht über die Erteilung des Religionsunterrichts nicht auf die Bestimmung des Lehrinhalts und der Didaktik³⁶ des Religionsunterrichts erstreckt; "Beides ist Sache der Kirchen und Religionsgemeinschaften".

In Verfolg dieser Haltung spricht Art. 26 I VoSchG den Kirchen und Religionsgemeinschaften das Recht zu, den Religionsunterricht ihres Bekenntnisses durch Beauftragte besuchen zu lassen und sich dadurch vom Stand der Kenntnisse in der Religionslehre und von der religiös-sittlichen Erziehung der bekenntniszugehörigen Schüler zu unterrichten. Art. 26 I VoSchG spricht zwar davon, daß die Beauftragten den Religionsunterricht besuchen dürfen, klärt aber nicht ausdrücklich, ob das Besuchsrecht über eine schweigende Anwesenheit hinaus es dem Beauftragten gestattet, sich durch Eingreifen in den Unterricht ein genaues Bild vom Stand des Religionsunterrichts zu machen.

Wie Schmoeckel³⁷ aber richtig feststellt, hätte der Besuch eines kirchlichen Beauftragten in einer Religionsstunde, bei der der Beauftragte nichts fragen oder selbst dazu sagen kann, wenig Sinn, da hierdurch nur ein zufälliges Bild des Religionsunterrichts gewonnen würde.

"Daher erscheint es notwendig, daß die kirchlichen Beauftragten durch eigene Fragen an die Schüler, durch Berichtigung falscher Schülerantworten, überhaupt durch ein Unterrichtsgespräch in die Lage versetzt werden müssen, die zufälligen Eindrücke des Besuchs zu vertiefen und zu einem möglichst zutreffenden Gesamteindruck zu erweitern".

In der Auswahl der Persönlichkeiten, die die Kirchen mit der Aufsicht über den Religionsunterricht beauftragen wollen, sind die Kirchen völlig frei³⁸. Weder in den kirchlichen Vorschriften noch von staatlicher Seite aus sind hierzu besondere Regelungen ergangen. Bei Vorliegen von Mängeln können sich die kirchlichen Beauftragten mit den betreffenden Lehrern ins Benehmen

36) Zur Didaktik des Religionsunterrichts, Begriff und Aufgabenstellung, s.

Oskar Hammelsbeck, Religionsunterricht, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 1858 und die dort angeführte Literatur.

37) Schmoeckel, a. a. O., S. 165.

38) Schmoeckel, a. a. O., S. 189.

setzen und, wenn nötig, die Schulaufsichtsbehörde anrufen, wenn Beanstandungen zu erheben sind, Art. 26 II VoSchG. Dienstaufsichtliche Befugnisse stehen den Kirchen gegenüber den Religionsunterricht erteilenden Lehrern nicht zu, so daß eine "geistliche Schulaufsicht" ausgeschlossen ist.

Die Gewährung des alleinigen Bestimmungsrechts der Kirchen bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung des Religionsunterrichts, die sich nicht nur in der Festlegung des Lehrinhalts erschöpft, sondern sich darüber hinaus auch auf die Didaktik des Religionsunterrichts bezieht, des weiteren die durch das Erfordernis der *missio canonica* und der kirchlichen Bevollmächtigung gesicherte Einflußnahme der Kirche und der Religionsgemeinschaften auf die personelle Auswahl der Lehrer und die in Art. 26 VoSchG geregelte Einschränkung der staatlichen Schulaufsicht zugunsten der Kirchen sowie die Visitations- und Beanstandungsrechte der Kirchen in den Schulen zeigen, daß der Staat bei der Aufnahme des Religionsunterrichts in den schulischen Unterricht von der Erkenntnis ausgegangen ist, daß ihm als religiösem und weltanschaulichem Gemeinwesen jegliche Qualifikation und Kompetenz zur religiösen Erziehung der Jugend fehlt.

d) Der Annahme einer kirchlichen Aufgabe steht Art. 136 II BV nicht entgegen.

Hiergegen spricht auch nicht Art. 136 Abs. II BV, der bestimmt, daß der Religionsunterricht "ordentliches Lehrfach" aller Volksschulen, Berufsschulen, mittleren und höheren Lehranstalten ist. Zwar wird hierdurch die religiöse Erziehung der Schüler kraft staatlichen Auftrags wesentlicher Bestandteil der schulischen Erziehung, somit Aufgabe der Schule. Die Tatsache, daß die religiöse Erziehung kraft staatlichen Auftrags Aufgabe der Schule ist, macht diese aber noch nicht zur staatlichen Aufgabe.

Der Schluß von der schulischen Aufgabe auf die staatliche Aufgabe gründet auf der beherrschenden Position des Staates, die er der Schule gegenüber einnimmt³⁹. Dieser Schluß ist aber nur insoweit richtig, als der Staat den schulischen Bereich beherrscht. In bezug auf den Religionsunterricht ist dieser Schluß falsch. Denn die dem Staat in Art. 71 GG, Art. 130 I BV gewährte umfassende Schulaufsicht findet in Art. 7 III 2 GG, Art. 136 II 2 BV, Art. 26 I VoSchG ihre Schranke an der Zuständigkeit der Kirchen für die religiöse Erziehung. Art. 26 I VoSchG stellt ausdrücklich die Bestimmung des Lehr-

39) Vgl. hierzu die Ausführungen Schmoeckels über den Religionsunterricht als Aufgabe des Staates, S. 51 ff., 56.

inhalts und der Didaktik des Religionsunterrichts von der staatlichen Schulaufsicht frei und überläßt beides den Kirchen und Religionsgemeinschaften. Von einer beherrschenden Position des Staates in bezug auf die religiöse Erziehung kann daher keine Rede sein.

Die einzig wesentliche Herrschaftsposition des Staates gegenüber dem Religionsunterricht liegt darin, daß nur der Staat als Herr der Schule in der Lage ist, dieser vorzuschreiben, welche Fächer in den Lehrplan der Schule gehören sollen, der Staat daher bestimmen kann, ob an den öffentlichen Schulen Religionsunterricht erteilt werden soll oder nicht⁴⁰. Aber selbst in der Entscheidung dieser Frage ist der Staat nicht völlig frei. Da 95 % des deutschen Volkes einer der beiden großen Kirchen angehören und ein erheblicher Teil von ihnen die religiöse Erziehung der Kinder in der Schule für unentbehrlich erachtet, das faktische Schulmonopol des Staates es den Kirchen andererseits sehr erschwert, selbst in größerem Umfang in kircheneigenen Schulen die religiöse Unterweisung der zu ihrer Gemeinschaft gehörenden Kinder vorzunehmen⁴¹, besteht für den Staat die Verpflichtung, den religiösen Bedürfnissen der Bevölkerung an den von ihm beherrschten Schulen Rechnung zu tragen, wenn er nicht die große Mehrheit der Schüler eines für sie unerläßlich gehaltenen Bildungsfaktors berauben will⁴².

Dem steht das Selbstverständnis des Staates gegenüber. Der religiös und weltanschaulich neutral-indifferente Staat kommt als Träger der religiösen Erziehung nicht in Betracht, da der Beweis des Religiösen und damit auch der Bereich der religiösen Erziehung außerhalb der staatlichen Sphäre liegt.

Will der Staat beiden Gegebenheiten Rechnung tragen, so kann die Lösung des Problems weder darin bestehen, daß der Staat die religiöse Erziehung zur eigenen Aufgabe erklärt⁴³ und damit in seinen Kompetenzbereich aufnimmt, noch darin, daß der Staat die religiöse Erziehung gänzlich aus dem Bereich des Schulischen ausklammert.

40) Schmoeckel, a. a. O., S. 56.

41) Schmoeckel, a. a. O., S. 127.

42) Insoweit ist es richtig, wenn Feuchte-Dallinger, Christl. Schule im neutralen Staat, DÖV 67, 372, erklärt: "Der Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach erscheint nicht als eine "Systemwidrigkeit", sondern als logische Konsequenz einer recht verstandenen staatlichen Neutralität.

43) Wie Schmoeckel meint, wenn er aus dem Schulmonopol und der sich hieraus für die Kirchen ergebenden Schwierigkeiten den Schluß zieht, daß deshalb der Staat die Aufgabe des Religionsunterrichts an seinen Schulen wahrnehmen müsse.

Die Lösung liegt darin, daß der Staat einerseits die Bedeutung der religiösen Erziehung der Kinder durch die Aufnahme des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach in den Lehrplan der Schule anerkennt, andererseits sich der Einflußnahme auf die religiöse Erziehung enthält, indem er seine Herrschaftsgewalt über die Schule nicht auf den Religionsunterricht erstreckt, soweit hier religiöse Fragen in Betracht kommen. Daß der religiös und weltanschaulich neutrale Staat dem religiösen Bedürfnis auch in den öffentlichen Schulen Rechnung tragen kann, folgt daraus, daß die Neutralität des Staates keine dem Glauben und der Weltanschauung gegenüber feindliche, sondern offene Neutralität ist⁴⁴. Sie ist Folge der in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Freiheit des Menschen zum Glauben, zur weltanschaulich geprägten Überzeugung und gewährleistet gerade die Aktualisierung dieser Freiheit. Die Aktualisierung dieser Freiheit würde der Staat aber verhindern, wenn er in den öffentlichen Schulen, für die ein faktisches Monopol besteht, den Faktor der religiösen Erziehung ausschließen würde.

Daß sich der Staat andererseits in den Grenzen der ihm durch die offene Neutralität gesteckten Kompetenzen gehalten hat, er also nicht die religiöse Erziehung als eine ihm zukommende Aufgabe betrachtet, zeigt sich deutlich in Art. 133 I 3 BV, worin ausdrücklich die anerkannten Religionsgemeinschaften und die weltanschaulichen Gemeinschaften als schulische Bildungsträger neben dem Staat anerkannt sind. Hieraus erhellt, daß der Staat nicht sich, sondern die Kirchen als Träger der religiösen Erziehung betrachtet, daß daher die religiöse Erziehung der Jugend in der Schule nicht staatliche, sondern kirchliche Aufgabe ist. Diese Einstellung ist es zugleich, die mit der Aufnahme des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach in den Lehrplan der Schule die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates wahrt. Denn nur dadurch, daß der Staat die Kirchen als Träger der religiösen Erziehung im schulischen Bereich anerkennt, tritt keine Identifizierung des Staates mit einer Religion oder einem Glauben ein.

e) Doppelstellung des Lehrers.

Aus dieser Einstellung des Staates ergeben sich Konsequenzen für die Lehrer, die Religionsunterricht erteilen. Sie haben eine Doppelstellung⁴⁵. Da sie vom

44) Vgl. Maunz, Staat und Schule im Verfassungsrecht, Festschrift für Johannes Heckel, S. 4.

45) Th. Maunz, Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 7, Rdnr. 49.

Staat angestellt werden und in dessen Schulen der Religionsunterricht veranstaltet wird, unterliegen die Lehrer seiner Disziplinargewalt und Dienstaufsicht.

Da der Staat religiös und weltanschaulich neutral ist, somit keine Kompetenz auf dem Gebiet des Religiösen beanspruchen kann und auch nicht beansprucht, entläßt der Staat seine Lehrer aus ihrer dienstrechtlichen Pflichtbindung. Dies zeigt einmal Art. 7 III 3 GG und Art 136 III BV, wonach kein Lehrer gezwungen oder gehindert werden darf, Religionsunterricht zu erteilen; wobei sich nach hM⁴⁶ diese Bestimmungen nicht darin erschöpfen, daß der Lehrer gegen seinen Willen keinen Religionsunterricht zu erteilen braucht. "Es sichert ihn zudem vor dienstlichen und beruflichen Nachteilen aller Art, die an seine Weigerung geknüpft werden könnten". Zum anderen erfolgt die Freistellung durch Art. 26 I VoSchG, worin zum Ausdruck kommt, daß sich die staatliche Schulaufsicht nicht auf die Bestimmung des Lehrinhalts und auf die Didaktik des Religionsunterrichts bezieht.

Es kann daher keine Rede davon sein, daß der Staat sich, wie von Zezschwitz meint, partiell durch seine Organwalter mit dem absoluten Geltungs- und Wahrheitsanspruch eines Glaubens identifiziert. Zwar identifiziert sich der Lehrer beim Religionsunterricht mit absoluten Glaubenswerten; diese Identifikation in Person des Religionslehrers muß sich der Staat aber nicht zurechnen lassen, da er weder für den Inhalt noch die Didaktik der religiösen Erziehung die Verantwortung übernimmt und er die Lehrer insoweit aus ihrer dienstrechtlichen Bindung entlassen hat.

Der Staat hat zwar die religiöse Erziehung der Kinder zu einer schulischen Aufgabe gemacht. Die Gewährleistung der Einflußnahme der Kirchen auf die Durchführung des Religionsunterrichts an den Schulen und die ihr korrespondierende Enthaltensamkeit des Staates zeigen jedoch, daß der Staat seine Inkompetenz zur Regelung religiöser Fragen auch im Bereich des Religionsunterrichts anerkennt und daß deshalb durch die Aufnahme des Religionsunterrichts in den Lehrplan der Schulen aus der kirchlichen Aufgabe zwar eine auch schulische, aber keine staatliche Aufgabe wurde.

46) Maunz, Maunz-Dürig, Art. 7, Rdnr. 55; Schmoeckel, a. a. O., S. 77; Peters, a. a. O., S. 427; Giese-Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1965, 7. Aufl., Art. 7, Erläuterung 8.

Die tatsächliche und rechtliche Ausgestaltung des Religionsunterrichts machen hinreichend deutlich, daß der Staat keine Kompetenz in Anspruch nimmt, den Inhalt der religiösen Erziehung zu bestimmen noch zu beeinflussen. Dies aber wäre gerade die Voraussetzung dafür, daß aus dem Religionsunterricht eine Annexkompetenz des Staates zur Veranstaltung von Schulgebeten abgeleitet werden könnte.

f) Das Wesen der staatlichen Bekenntnisschule.

Gleichermaßen gilt das zum Religionsunterricht Angeführte für die staatliche Bekenntnisschule. In ihr ist der gesamte Unterricht, also nicht nur der Religionsunterricht, auf der Grundlage und im Einklang mit den Glaubenssätzen und der Dogmatik desjenigen Bekenntnisses zu erteilen, für dessen Angehörige die Schule eingerichtet ist. Der Erziehungsauftrag dieser Schule ist traditionell überkommen. Hiergegen bestehen keine Bedenken, denn auch der weltanschaulich neutrale Staat kann bei der Ausgestaltung des Schulwesens die Bedeutung der religiösen Gesamterziehung nicht außer acht lassen, wenn und solange der staatlichen Schule ein faktisches Schulmonopol zukommt und die Eltern diese Erziehung für unerläßlich erachten⁴⁷. Gerade der pluralistische Staat ist gehalten, der Pluralität der Werte in seinen Schulen Rechnung zu tragen.

g) Durch die Bereitstellung der Bekenntnisschule identifiziert sich der Staat nicht mit dem Bekenntnis.

Die Gewährleistung weitgehender Einflußrechte durch den Staat an die Kirchen auf die Anstellung und Ausbildung der Lehrkräfte an diesen Schulen, die Tatsache, daß der Staat sich der Bestimmung des religiösen Inhalts des Unterrichts enthält - so beschränkt sich der Bayerische Staat in Art. 8 I VoSchG darauf, die Bekenntnisschule formal dahingehend zu umschreiben, daß in ihr Schüler eines bestimmten Bekenntnisses nach den Grundsätzen dieses Bekenntnisses von hierzu geeigneten und bereiten Lehrern unterrichtet und erzogen werden, ohne dabei den Inhalt des Unterrichts selbst festzulegen - erweisen, daß der Staat bei der Errichtung der Bekenntnisschule einem Bedürfnis der Bevölkerung Rechnung getragen hat, ohne sich dabei mit dem betreffenden Bekenntnis selbst zu identifizieren. Überspitzt ausgedrückt ist das Staatliche

47) a.A. Herbert Krüger, in: Der Konkordatsprozeß, III. Teilband, S. 1084 ff, 1085, 1087. Krügers Auffassung wäre richtig, wenn sich der Staat mit dem Bekenntnis der Bekenntnisschule identifizieren würde. Dies ist aber nicht der Fall.

an der staatlichen Bekenntnisschule⁴⁸ die Schule, nicht aber das Bekenntnis. Treffend drückt dies Franz Pöggeler aus; "Die staatliche Bekenntnisschule ist, was ihren pädagogischen und geistigen Gehalt betrifft, letztlich nicht Staatsschule. Denn diesen Wesensgehalt vermag der Staat überhaupt nicht zu erzeugen". Der Staat schafft mit der staatlichen Bekenntnisschule lediglich den rechtlich organisatorischen Wirkrahmen, in dem sich die wirkliche, christliche Schule in staatlicher Trägerschaft entfalten kann. Aber sie muß sich erst dann entfalten, wird also nicht durch Schaffung der staatlichen Rechtsform hervorgebracht.

Es zeigt sich auch hier, daß dem Staat weder eine Kompetenz auf dem Gebiet der religiösen Erziehung noch auf dem Gebiet des Religiösen im allgemeinen zukommt, der Staat eine Zuständigkeit zur Regelung religiöser Fragen auch nicht in Anspruch nimmt. Der Staat kann daher, wie Hamel⁴⁹ richtig erklärt, (insbesondere nicht entscheiden, wann, wo und wie gebetet oder nicht gebetet werden darf; der Staat kann nicht beurteilen, ob das Bekenntnis Schülern gebietet, ihr Tagwerk in der Schule mit einem gemeinsamen Gebet zu beginnen".

Die Anordnung eines täglichen Schulgebetes durch den Staat steht daher im Widerspruch zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates und entbehrt damit einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Als Träger der schulischen Gebetserziehung und Gebetswahl hat der Staat daher auszuscheiden⁵⁰.

48) Franz Pöggeler, Schule und Staat im Lichte der christlichen Lehre vom Menschen, von der Erziehung und vom Staate, in: Schule und Staat, 1959 (= Studien und Berichte der Kath. Akademie in Bayern, Heft 9), S. 107.

49) Hamel, Die Bekenntnisfreiheit in der Schule, NJW 66, 19.

50) Mit der Feststellung, daß dem religiös und weltanschaulich neutralen Staat jegliche Kompetenz zur Veranstaltung von staatlichen Schulgebeten fehlt, erübrigt sich auch die von Gallwas (BayEVL 66, 122 ff, Schulgewalt und Schulgebet) untersuchte Frage, ob und inwieweit bei der Veranstaltung von staatlichen Schulgebeten Zwang ausgeübt werden dürfe, da die Frage der Zuständigkeit zur Veranstaltung der Frage nach der Art und Weise der Veranstaltung vorgeordnet ist.

II. DAS SCHULGEBET ALS PRIVATE VERANSTALTUNG IN DER SCHULE.

Die Feststellung, daß der Staat infolge seiner religiösen und weltanschaulichen Neutralität zur Durchführung von Schulgebeten "auch als schlicht hoheitliche Veranstaltungen" weder in der Lage noch hierzu befugt ist¹, beinhaltet nicht den Ausschluß jeglicher Gebete in der Schule. Sie verbietet lediglich staatliche Schulgebete, nicht aber die private Veranstaltung von Gebeten an der Schule, wobei private Schulgebetsveranstaltungen als nicht hoheitlich oder schlicht hoheitlich verstanden werden.

Das Schulgebet als private Veranstaltung der Schüler steht als religiös-kulturelle Handlung im Schutzbereich des Grundrechts der ungestörten Religionsausübung. Die Frage ist daher, ob ein Recht der Schüler auf ein religiöses Bekenntnis und damit auf ein gemeinsames Gebet in der Schule besteht, oder ob die Bekenntnisfreiheit der Schüler durch das besondere Gewaltverhältnis der Schule einer Einschränkung unterliegt.

Unbestritten ist, daß die Schüler, die in der überragenden Zahl der Fälle noch minderjährig sind, den Erziehungsträgern nicht als rechtloses Objekt, sondern als Persönlichkeit mit eigenen, von ihrem Zutun unabhängigen Rechten gegenüberstehen². Insbesondere kommen sie als Träger der Religionsfreiheit in Betracht, da die Grundrechtsfähigkeit (Fähigkeit, Träger von Grundrechten sein zu können) eine Rechtseigenschaft des potentiellen Dürfens, nicht eine natürlich-tatsächliche Eigenschaft des Könnens ist³.

1. Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung und das besondere Gewaltverhältnis der Schule.

Zur Frage, ob das Recht auf ungestörte Religionsausübung in der Schule einer Einschränkung unterliegt, vertritt der HessStGH⁴ in seinem Schulgebetsurteil

1) Vgl. Dietrich Pirson, Erfülltes und unerfülltes Grundgesetz, Loccumer Protokolle, 1966, Nr. 5, S. 88.

2) HessStGH, NJW 66, 32.

3) Dürig, Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19 III, Rdnr. 17; HessStGH, NJW 66, 32.

4) HessStGH, Urt. v. 27.10.65 - P St 388, abgedruckt in NJW 66, 31 ff; DÖV 66, 51 ff.

die Auffassung, daß sich aus dem besonderen Gewaltverhältnis der Schule hierfür keine Schranken ergeben, "denn weder die Erfüllung der sich aus diesem Gewaltverhältnis ergebenden Pflichten noch die Aufgaben und Ordnungsbedürfnisse der Schule erfordern eine Beschränkung"⁵.

Die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit gilt nach Hamel⁶ in den Schulen, Hochschulen, der Bundeswehr, im öffentlichen Dienst und in Strafanstalten. "Auch ein Gesetz kann sie nicht gemäß den besonderen Belangen, denen das öffentliche Pflichtverhältnis dient, einschränken; denn die Interessen des säkularen Staates stehen der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit im Rang nach". Schranken ergeben sich für Hamel nur aus den transzendenten absoluten Geboten, "die den christlichen und den humanitären Bekenntnissen, die unsere Gemeinschaft konstituieren, gemeinsam sind"⁷.

Ule⁸ vertritt ohne nähere Erläuterung die Ansicht, daß die Freiheit des Glaubens, Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses und das Recht auf ungestörte Religionsausübung in allen nicht konfessionell bestimmten besonderen Gewaltverhältnissen, also in den meisten Dienst- und Anstaltsverhältnissen, nicht dagegen z.B. für Bekenntnisschulen, gilt.

Für die unbeschränkte Geltung der in Art. 4 gewährleisteten Rechte in der Schule spricht die Regelung, die Art. 17 a für den Wehr- und Ersatzdienst getroffen hat. In Art. 17 a I GG wurde das Spannungsverhältnis zwischen Grundrechten und Wehrdienstverhältnis durch eine positive Verfassungsvorschrift ausdrücklich und abschließend geregelt⁹.

5) HessStGH, NJW 66, 32.

6) Hamel, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV/1, S. 91 ff; vgl. auch v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, Art. 4, Anm. II 5; Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1960, S. 62 unter Nr. 6; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl., § 16 IV 3.

7) Hamel, a. a. O., S. 92; vgl. Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl 60, 624.

8) Carl Hermann Ule, Besonderes Gewaltverhältnis, in: Ev. Staatslexikon, III 8 Sp. 665.

9) Dürig, Maunz-Dürig, Art. 17 a, Rdnr. 19.

Art. 17 a GG garantiert daher "die Uneinschränkbarkeit aller der Grundrechte, die nicht unter ausdrücklichem Gesetzes- oder Schrankenvorbehalt stehen"¹⁰. Da in Art. 17 a das Grundrecht der ungestörten Religionsausübung des Art. 4 II GG nicht genannt wird, ist es nicht einschränkbar¹¹. Art. 17 a zeigt damit die wesensmäßige Funktion dieser Freiheit in allen besonderen öffentlichen Gewaltverhältnissen an¹². Sie gilt daher nicht nur im Wehrdienst, sondern auch an den öffentlichen Schulen. Dürig¹³ ist zwar der Ansicht, daß Art. 17 a GG keine Belegnorm für die allgemeine Grundrechtsdogmatik zum besonderen Gewaltverhältnis ist; vor allem die Entstehungsgeschichte zeige, "daß diese Vorschrift für sonstige besondere Gewaltverhältnisse nicht präjudizierend gedeutet werden dürfe". Wie aber Roemer¹⁴ ausführt, stand bei der Schaffung des Art. 17 a vor allem der Gedanke, daß das Grundrecht der Religionsfreiheit, als eines der höchstwertigen, keinesfalls etwaigen Einschränkungsvorhaben durch den einfachen Gesetzgeber ausgesetzt werden dürfe, der Aufnahme des Grundrechts in den Katalog der einschränkbaren Grundrechte entgegen. Die aus der Entstehungsgeschichte zum Ausdruck gekommene Beurteilung des Spannungsverhältnisses von Religionsfreiheit und Wehrdienst weist daher über den Wehrdienst hinaus auf das allgemeine Verhältnis von Religionsfreiheit und besonderem Gewaltverhältnis. Aus Art. 17 a lassen sich daher in bezug auf die Geltung der Religionsfreiheit im besonderen Gewaltverhältnis der Schule Analogien ziehen.

Bestärkt wird die Auffassung von der unbeschränkten Geltung der Religionsfreiheit in der Schule durch die Tatsache, daß der Staat dem Einfluß des Religiösen in der Schule selbst den Weg geöffnet hat. Die Gewährleistung des Religionsunterrichts und die Institution "Bekenntnisschule" sprechen hier eine klare Sprache. Daß der unbeschränkten Religionsausübung an den staatlichen Schulen die religiöse und weltanschauliche Inkompetenz des Staates nicht entgegensteht, folgt daraus, daß die mangelnde Kompetenz im Bereich des Religiösen dem Staat nicht gebietet, die Ausübung der Religionsfreiheit seiner Bürger zu verhindern.

10) Dürig, Maunz-Dürig, Art. 17a, Rdnr. 31.

11) Dürig, Maunz-Dürig, Art. 17a, Rdnr. 32; von Mangoldt-Klein Art. 17a, Anm. III 1 d.

12) Hamel, a. a. O., S. 92.

13) Dürig, Maunz-Dürig, Art. 17a, Rdnr. 22.

14) Walter Roemer, Die neue Wehrverfassung, JZ 56, 194.

Die Neutralität des Staates besteht ja gerade, um die Aktualisierung der Religionsfreiheit der Bürger zu gewährleisten.

Das in Art. 4 II gewährleistete Grundrecht schützt nicht nur das Recht auf ungestörte Religionsausübung "an sich", sondern die ungestörte Religionsausübung in der konkreten Situation¹⁵. Nun ist aber nicht zu leugnen, daß die zeitlich unbeschränkte Religionsausübung im Unterricht den geordneten Ablauf des schulischen Unterrichts in Frage stellen würde. Man denke z. B. nur daran, daß Schüler während einer Prüfungsstunde laut zu beten beginnen. Diese hierdurch notwendigen, mittelbaren, zeitlichen Beeinträchtigungen der freien Religionsausübung können, wenn die Schule ihre Aufgabe erfüllen soll, nicht völlig ausgeschaltet werden und müssen damit statusbedingt¹⁶ betrachtet werden. Da aber das Grundrecht der ungestörten Religionsausübung die Ausübung in der konkreten Situation gewährleistet, somit zwischen Ausübung und Innehabung des Rechts nicht unterschieden werden darf¹⁷, muß die Unterrichtsgestaltung so vorgenommen werden, daß diese Beeinträchtigungen nicht eingriffsgleich und damit unzulässig werden. Den Schülern muß daher in der Schule ausreichend Gelegenheit gewährt werden, um den religiösen Bedürfnissen nachkommen zu können. Eine zeitliche Einteilung des Unterrichtsablaufs, die die freie Religionsausübung - sei es gezielt oder auch ungezielt - gänzlich aus dem Unterricht verbannen würde, wäre nicht zulässig¹⁸.

In der Praxis wird daher bei Beginn oder/und am Ende des Schulunterrichts ein entsprechender Zeitraum zu reservieren sein, wenn der Wunsch zu einem gemeinsamen Schulgebet durch die Erziehungsberechtigten vorgetragen wird.

15) Dürig, Maunz-Dürig, Art. 17 a, Rdnr. 32; a.A. Pirson, a.a.O., S. 94; HessStGH, NJW 66, 35.

16) Vgl. Peter Lerche, Grundrechte der Soldaten, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. IV 1 (1960), S. 495.

17) Diese Unterscheidung trifft aber der HessStGH, a.a.O., S. 35, wenn er feststellt: Die Kinder, die zu beten, also ihre Religion auszuüben wünschen, können das überall und zu jeder Zeit tun ... Diese Beschränkung ist also nur lokaler oder temporärer Natur.

18) Vgl. Dürig, Maunz-Dürig, Art. 17 a, Rdnr. 32.

2. Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung und das Recht zum Schweigen.

Besteht der Wille der Eltern, daß in den Klassen ein gemeinsames Gebet gesprochen wird, so treten Schwierigkeiten auf, wenn ein oder mehrere Schüler an dem Schulgebet nicht teilzunehmen wünschen. Es erhebt sich dann die Frage, ob die Schüler, die ein Gebet ablehnen, über ihre Nichtteilnahme hinaus ein Recht darauf haben, daß in einer staatlichen Schule, die zu besuchen sie gezwungen sind, ein solches religiöses Bekenntnis unterbleibt.

a) Die Schulgebetsentscheidung des HessStGH.

Der HessStGH¹⁹ vertrat in seiner Schulgebetsentscheidung die Auffassung, daß das Recht auf das Schulgebet dann zurückzutreten habe, "wenn dadurch ein Schüler gezwungen würde, entweder gegen seinen Willen am Gebet teilzunehmen oder seine abweichende Überzeugung täglich offen zu bekunden, indem er erst nach dem Gebet das Klassenzimmer betritt"²⁰. Hiermit wurde zwar nicht ein gemeinsames Schulgebet schlechthin verboten²¹. Das Gebet in der Schule wurde aber zu einer freiwilligen Veranstaltung in dem Sinne, daß es nur stattfinden darf, wenn alle Schüler einer Klasse damit einverstanden sind.

Die Entscheidung des HessStGH beruht nach seinen eigenen Feststellungen auf den Art. 9 und 48 II HV, dem individuellen Grundrecht der Bekenntnisfreiheit und dem Verbot von Zwang zur Teilnahme an religiösen Übungen²².

19) HessStGH, NJW 66, 31 ff.

20) HessStGH, NJW 66, 31.

21) Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet, DÖV 66, 30 ff, 30; Hans-Ullrich Gallwas, Schulgebet und Schulgewalt, BayVBl 66, 124.

22) Art. 9 HV lautet: "Glauben, Gewissen und Überzeugung sind frei"; Art. 48 HV lautet: "Ungestörte und öffentliche Religionsausübung und die Freiheit der Vereinigung zu Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften werden gewährleistet. Niemand darf gezwungen oder gehindert werden, an einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit oder religiösen Übung teilzunehmen oder eine religiöse Eidesformel zu benutzen. Es besteht keine Staatskirche".

Das Gericht stellt zunächst fest, daß das seinem Wesen nach vorstaatliche und überpositive Grundrecht der Glaubensfreiheit eines der ältesten Grundrechte ist, dem weder ein spezifisch antikirchliches oder gar antichristliches Element innewohne.

Das Grundrecht erstrecke sich nicht nur auf das Recht, zu glauben oder nicht zu glauben, was man will, sondern gewähre darüber hinaus die Freiheit, sagen zu dürfen, was man glaube oder nicht glaube²³.

Nach Ansicht des Gerichts schließt die Bekenntnisfreiheit das Recht ein, eine Offenbarung jeglicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen oder Gewissensentscheidungen zu verweigern, diese also zu verschweigen. "Sie erlaubt nicht nur auszusprechen, sondern auch zu verschweigen, daß und was man glaubt oder nicht glaubt". "Das Recht zum Schweigen ist ein begrifflich notwendiger Bestandteil der Bekenntnisfreiheit". Dieses Recht zum Schweigen gilt nach Auffassung des Gerichts "unbedingt und ausnahmslos". Da es nicht in fremde Rechte eingreift, ist es weder eingeschränkt noch einschränkbar²⁴. Jeder Versuch, durch andere als rein geistige Mittel die Offenbarung einer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung herbeizuführen, ist unbedingt und ohne jeden Vorbehalt einer Beschränkung verboten. So bestehe das Recht zum Schweigen nicht nur gegen den Staat, sondern auch gegenüber den anderen Rechtsgenossen²⁴, hat also Teil an der sog. Drittwirkung²⁵.

Der HessStGH untersucht dann die Art. 48 I und II HV und ihr Verhältnis zueinander und kommt dabei zu folgender Feststellung: "Der in Art. 48 Abs. 1 Hess. Verf. gewährleisteten Kultusfreiheit, einem Anwendungsfall der allgemeinen Handlungsfreiheit, sind zwar die durch Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Hess. Verf. normierten Schranken gesetzt. Das in Art. 48 Abs. 2 Hess. Verf. enthaltene Verbot des Zwanges dagegen kann keinen gesetzlichen oder überpositiven Einschränkungen unterworfen sein". Anderenfalls würde das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Das Verbot des Zwanges dagegen gilt unbedingt und ohne jeden Vorbehalt einer Beschränkung. Eine Teilnahme im Sinne des Art. 48 II HV sieht das Gericht schon bei körperlicher und

23) HessStGH, NJW 66, 33.

24) HessStGH, NJW 66, 34.

25) Vgl. Böckenförde, a. a. O., S. 31.

26) HessStGH, NJW 66, 34.

räumlicher Anwesenheit als gegeben an, auf die Beteiligung oder innere Anteilnahme komme es nicht an²⁶.

Dies folgt nach Ansicht des Gerichts aus der ratio legis, "denn auch eine solche Anwesenheit, wenn sie nicht gewollt ist, verträgt sich nicht mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Der Betroffene wird wider seinen Willen einer unmittelbaren Beeinflussung im Sinne einer religiösen Übung ausgesetzt". Unter Zwang im Sinne des Art. 48 II HV versteht das Gericht nicht nur die Androhung oder Zufügung materieller Nachteile, sondern die Beugung eines fremden Willens. "Der Betroffene handelt infolge dieser Beugung nicht seinem wahren Willen gemäß". Zwang zur Teilnahme liegt daher immer dann vor, wenn der Betroffene sich der äußeren Anwesenheit nicht in zumutbarer Form entziehen kann. Ein Zwang zur Teilnahme am Schulgebet besteht demnach dann, wenn der Schüler keine Möglichkeit hat, sich der äußeren Anwesenheit in zumutbarer Weise zu entziehen, dem Gebet also fernzubleiben.

Ein Fernbleiben des Schülers vom Gebet ist ihm nach Auffassung des Gerichts nicht zuzumuten, da der Schüler hierdurch gezwungen würde, seine abweichende Überzeugung Tag für Tag offen zu bekunden²⁷. Dieser Zwang verletzt ihn in seinem uneinschränkbaren Grundrecht auf Verschweigen seiner religiösen und weltanschaulichen Überzeugung.

Dem Grundrecht des Schülers, seine religiöse und weltanschauliche Überzeugung zu verschweigen und nicht zur Teilnahme an einer religiösen Übung gezwungen zu werden, könne auch das in Art. 48 Abs. 1 Hess. Verf. gewährte Grundrecht anderer auf ungestörte Religionsausübung nicht entgegengehalten werden²⁷. Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung sei nicht nur ein Ausfluß der Bekenntnisfreiheit, sondern auch ein Anwendungsfall der allgemeinen Handlungsfreiheit, die den in Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 Hess. Verf. normierten Schranken unterliege. Sie sei demnach nur insoweit gewährleistet, als durch sie die Rechte anderer nicht verletzt und die verfassungsmäßige Ordnung des Gemeinwesens nicht beeinträchtigt würde. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört nach Auffassung des Gerichts die Verbürgung der Menschen- und Grundrechte, somit auch das uneingeschränkte Recht des Schülers, seine Überzeugung zu verschweigen. Darum

26) HessStGH, NJW 66, 34.

27) HessStGH, NJW 66, 35.

könnten die anderen Kinder der Klasse, die der das Gebet ablehnende Schüler besucht, auf dem Beten vor dem Unterricht nicht bestehen²⁸.

b) Stellungnahmen zur Schulgebetsentscheidung in der Literatur.

Gegen die vom HessStGH vertretene Auffassung, die in der Öffentlichkeit lebhaft diskutiert wurde, sind in der Literatur keine Bedenken erhoben worden. Hamel²⁹ stimmt dem StGH darin zu, daß das Grundrecht der ungestörten Religionsausübung auch für die Schüler in der Schule gilt, daß die Teilnahme daran in die freie Entscheidung jedes Schülers gestellt ist und daß für religionsunmündige Kinder die Erziehungsberechtigten diese Entscheidung zu fällen haben³⁰. Die weitere Auslegung der Grundrechte indes, wie sie vom HessStGH vorgenommen wurde, lehnt Hamel, als im offenkundigen Gegensatz zur Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG stehend ab.

So wendet sich Hamel gegen die Auffassung des Gerichts, das Grundrecht der ungestörten Religionsausübung sei ein Anwendungsfall der allgemeinen Handlungsfreiheit und unterliege deshalb den Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG führt er aus, "daß das allgemeine Grundrecht der Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zurücktritt, wenn die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche durch besondere Grundrechte geschützt ist³¹, insbesondere ist danach die Bekenntnisfreiheit durch Art. 4 Abs. 1 GG geregelt, so daß Art. 2 Abs. 1 nicht zum Zuge kommen kann"³²). Die Schranken der Bekenntnisfreiheit einschließlich der ungestörten Religionsausübung werden somit allein durch Art. 4 Abs. 1 GG bestimmt.

In erster Linie aber wendet sich Hamel gegen die Auslegung des Grundrechts, seine Überzeugung zu verschweigen, wie sie vom HessStGH vorgenommen wurde. Er stimmt ihm zwar darin zu, daß das Recht zum Schweigen Teil der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist. Auch könne es nicht eingeschränkt werden. Beachtet werden müsse aber dabei, daß das Recht zum Schweigen

28) HessStGH, NJW 66, 35.

29) Walter Hamel, Die Bekenntnisfreiheit in der Schule, NJW 66, 18 ff; abgekürzt: Schulgebet.

30) Hamel, a.a.O., S. 66, 19.

31) Vgl. BVerfGE 6, 32 ff, 37.

32) Vgl. auch Böckenförde, a.a.O., S. 34.

nur das Innere, die Intimsphäre des Menschen zum Gegenstand seines Schutzes haben könne, nicht aber die äußere Haltung³³, in der sich die Überzeugung ausprägt und damit offenbart. Hamel hält die Feststellung des Gerichts: "Die Freiheit des Bekenntnisses schließt das Recht ein, eine Offenbarung jeglicher religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung oder Gewissensentscheidung zu verweigern, diese also zu verschweigen", für falsch, denn das religiöse Bekenntnis könne, da es die Manifestation, also die Kundgabe des Glaubens ist, das Schweigen nicht umschließen. Dies erweise sich schon an dem unlogischen Ausdruck "negative Bekenntnisfreiheit", denn was sei eine negative Freiheit ?

Nach Hamel hört das Grundrecht, seine Überzeugung zu verschweigen, dort auf, wo das Bekenntnen beginnt. "Wer nicht bloß für sein Schweigen, sondern für eine bestimmte Überzeugung Rechte gegenüber anderen geltend macht, offenbart seine Überzeugung, bekennt also und nimmt die Freiheit zum Bekenntnen in Anspruch. Auch der Dissidenten-Schüler tut seine Überzeugung kund, wenn und solange er von seinen Mitschülern beansprucht, das Gebet um seiner Überzeugung willen in seiner Gegenwart zu unterlassen"³⁴. Die Frage wäre demnach dahin zu stellen, ob das Recht zum Schweigen schon dadurch verletzt wird, daß Schüler gegenüber ihren Mitschülern den Wunsch äußern, gemeinsam zu beten, d.h. ob in diesem Ansinnen bereits ein unzulässiger Zwang zur Offenbarung der Überzeugung zu erblicken ist.

Dies wird von Hamel verneint. Das Bekenntnis, insbesondere die Religionsausübung, sind für andere niemals ein rechtswidriger "Zwang", die eigene Überzeugung zu offenbaren³⁵. Die Abgrenzung der Freiheit der Schüler, die gemeinsam beten wollen von der Freiheit des Dissidentenschülers, nicht an dem Gebet teilzunehmen und darüber hinaus seine Überzeugung überhaupt zu verschweigen, gewinnt Hamel aus der Bekenntnisfreiheit. Die Schranken der Bekenntnisfreiheit werden durch das Wesen des religiösen

33) Hamel, a.a.O., S. 19; vgl. auch Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. IV/1, S. 58, abgekürzt: Die Grundrechte.

34) Hamel, Die Bekenntnisfreiheit in der Schule, NJW 66, 19.

35) Hamel, a.a.O., S. 21.

oder des weltanschaulichen Bekenntnisses bestimmt³⁶. Staatsgesetze dagegen können der Bekenntnisfreiheit keine Schranken errichten, da dem Staat hierfür die Maßstäbe fehlen.

Das Grundrecht der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit setzt dem einzelnen Bekenntnis nur insofern Schranken, als kein Bekenntnis die Freiheit eines anderen antasten dürfe. "Das heißt, dieses Grundrecht enthält die Normen, die zwingend erforderlich sind, damit die Überzeugung des einen zusammen mit der des anderen frei bekannt werden kann; es enthält auch die Normen, die notwendig sind, damit der eine die Freiheit hat, seine Überzeugung zu bekennen, der andere die Freiheit, die seine zu verschweigen"³⁷.

Im Grundrecht der Bekenntnisfreiheit mit enthalten ist, daß der Bekenner seinen Glauben oder seine Weltanschauung vor anderen bezeugt, sei es, daß er gegen ihren Irrtum, ihre Verfehlungen oder ihre Gleichgültigkeit angeht, sei es, daß er Gleichgesinnte in ihrer Überzeugung beleben und bestärken will. "Ein Bekenntnis oder die Verleugnung eines Bekenntnisses fordern andere auf, ihr Bekenntnis kundzutun, sei es durch Widerspruch, sei es durch Bejahung". Soll jedermann das Grundrecht zu bekennen, insbesondere seine Religion öffentlich auszuüben, zustehen, so ist diese Aufforderung anderer, da im Grundrecht selbst beschlossen, noch kein Eingriff in deren Grundrecht, zu bekennen oder zu schweigen.³⁸

Das Freiheitsrecht, die eigene Überzeugung zu verschweigen, kann somit durch die geistige und psychische Wirkung eines religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses nicht verletzt sein, wenn Bekenntnisfreiheit mit dem Recht auf Schweigen zusammen bestehen soll. Das Grundrecht des Schweigens geht nicht so weit, daß es andere an ihrem Bekenntnis und ihrer öffentlichen Religionsausübung hindert"³⁸.

Hamel kommt damit zu dem Ergebnis, daß die Schüler einer Klasse beten dürfen, auch wenn dadurch Dissidentenschüler durch ihr Gewissen veranlaßt werden, fernzubleiben.

36) Hamel, Die Grundrechte, a.a.O., S. 71.

37) Hamel, Schulgebet, a.a.O., S. 20.

38) Hamel, Schulgebet, a.a.O., S. 20.

Böckenförde³⁹ stellt in seiner Auseinandersetzung mit dem Urteil des HessStGH vorab fest, daß das Schulgebet aufgrund des Urteils von der Ordnung der Schule her gesehen keinesfalls mehr notwendiger, sondern nur mehr zufälliger Bestandteil des Unterrichts sein kann⁴⁰. Der Auffassung des StGH, daß die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit im Sinne des Art. 9 HV auch das Recht umfaßt, die Offenbarung der eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugung zu verweigern, stimmt Böckenförde zu. Einig ist er mit dem Gericht auch darin, daß diese Freiheit heute nicht nur für die religiöse, sondern auch für die areligiöse Überzeugung gewährleistet ist. Böckenförde wendet sich aber vor allem gegen die vom StGH vorgenommene inhaltliche Ausweitung des Grundrechts der negativen Religionsfreiheit und gegen die These, dieses Grundrecht gelte absolut uneinschränkbar, während die positive Bekenntnisfreiheit den Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit unterliege. Die Ausweitung des Rechts auf Schweigen durch den HessStGH wird nach Böckenförde nicht mehr durch die vom Gericht herangezogenen Schrifttumsbelege gestützt⁴¹. In Wirklichkeit handle es sich nicht mehr um eine rein interpretative Entfaltung der negativen Bekenntnisfreiheit, sondern "um eine inhaltliche Überdehnung, die ihrerseits die gleiche Bekenntnisfreiheit für alle verletzen und damit sozial unerträglich werden muß"⁴¹.

Der HessStGH erstrecke das Recht auf Schweigen über seinen bisherigen Inhalt, nämlich die Entsprechung zu dem Verbot, von Staats bzw. von Amts wegen den einzelnen zur Offenbarung seiner subjektiv-religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen zu veranlassen, auch darauf, daß der einzelne nicht in die Lage versetzt wird, seine Ablehnung gegenüber dem Verhalten anderer nach außen hin kundgeben zu müssen. Die konsequente Anwendung dieses Prinzips hätte zur Folge, daß die positive Bekenntnisfreiheit aus allen öffentlichen Einrichtungen, und selbst aus der "allgemeinen gesellschaftlichen Öffentlichkeit" verbannt werden müsse, wenn man damit Ernst machen wolle, die Anhänger einer abweichenden Überzeugung davon zu bewahren, ihre abweichende Meinung bekennen oder kundtun zu müssen. Hiermit verkehre man aber den Sinn und Inhalt der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit in ihr Gegenteil. So wäre es z.B. zwingend erforderlich, den Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach abzuschaffen, da es kaum

39) Böckenförde, Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet, DÖV 66, 30 ff.

40) Böckenförde, a. a. O., S. 30.

41) Böckenförde, a. a. O., S. 32.

einen eindeutigeren Zwang gäbe, seine religiöse und weltanschauliche Überzeugung vor allen Klassenmitgliedern zu offenbaren, "als durch die Notwendigkeit, an der Schulveranstaltung Religionsunterricht teilzunehmen oder nicht teilzunehmen"⁴².

Böckenförde stellt dann fest, daß der Satz des HessStGH "Das Recht auf Schweigen gilt unbedingt und ausnahmslos" sich in wesentlich eingeschränkter Bedeutung, nämlich bezogen auf das staatliche Frageverbot hinsichtlich der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung schon bisher in der Literatur vorfand; das Gericht habe diesen Satz aber ohne jede weitere Begründung für die gesamte, von ihm inhaltlich erweiterte negative Bekenntnisfreiheit übernommen. Im Zusammenhang mit der Auffassung des Gerichts, daß das Recht auf Schweigen, da es nicht in fremde Rechtskreise eingreife und daher weder eingeschränkt noch einschränkbar sei, ergebe sich im Ergebnis ein unbedingter Vorrang der negativen vor der positiven Bekenntnisfreiheit, so daß in jedem Konfliktfall die negative Bekenntnisfreiheit die positive ipso iure aufhebe⁴².

Die vom StGH vorgenommene Absolutsetzung der negativen Religionsfreiheit hält Böckenförde⁴³ für unhaltbar. Die Statuierung eines Vorranges der negativen vor der positiven Bekenntnisfreiheit würde die positive Bekenntnisfreiheit verfassungswidrig verkürzen, denn das Grundrecht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, wie es in Art. 9 und 48 I und II HV zum Ausdruck komme, sei ein einheitliches Grundrecht, die beiden Ausformungen, die es in der positiven und negativen Bekenntnisfreiheit finde, könnten daher nur als "gleichberechtigte" Äußerungsformen und Einzelrechte verstanden werden, die aus einer Wurzel fließen⁴⁴. "Für beide Einzelrechte muß daher die Frage nach den Schranken gestellt werden, und zwar in der Weise, daß beide möglichst unverkürzt zusammen bestehen können".

42) Böckenförde, a. a. O., S. 33.

43) Böckenförde, a. a. O., S. 33; gegen die Überbetonung der negativen Bekenntnisfreiheit melden auch von Campenhausen und Arndt, in: Erfülltes und unerfülltes Grundgesetz, Loccumer Protokolle 1966, Nr. 5, S. 91 bzw. S. 94, Bedenken an.

44) Böckenförde, a. a. O., S. 33; Arndt, a. a. O., S. 94: "Positive und negative Bekenntnisfreiheit sind die beiden Seiten ein und derselben Medaille".

Nach Böckenförde lassen sich, wenn man die negative Bekenntnisfreiheit des Dissidentenschülers als tangiert erachtet, die beiden Äußerungsformen der Bekenntnisfreiheit nur aus sich heraus und auf dem Boden der Verfassung konkret vermitteln. "Konkret, das heißt unter Beachtung sonstiger verfassungsrechtlicher Gewährleistungen und Institutionen und unter Beachtung der im Anlaßfall gegebenen Situation, daß nämlich positive und negative Bekenntnisfreiheit auf dem Boden des öffentlichen Schulwesens, das für die Volksschulen auf zwangsmitgliedschaftlicher Grundlage beruht, in Ausgleich zu bringen sind"⁴⁵.

Hierfür ist nach Böckenförde als rechtlicher Tatbestand das praktisch bestehende, durch Art. 7 V GG nur unerheblich geschmälernte, staatliche Schulmonopol im Bereich der Volksschule von Bedeutung, ebenfalls die Frage, ob die Volksschulen christliche oder weltliche Gemeinschaftsschulen sind. Ist nämlich die Volksschule eine christliche Gemeinschaftsschule, so ist auch das Schulgebet nach dem überkommenen Bedeutungsinhalt des Begriffs "christliche Simultanschule" regelmäßiger Bestandteil dieser Schulform und wird durch deren Anerkennung durch die Verfassung mitumgriffen.

Nach Böckenförde konnte diese Einschränkung, falls hierin eine Einschränkung der negativen Bekenntnisfreiheit für bestimmte Schüler zu erblicken ist, vom Verfassungsgeber zulässigerweise bestimmt werden⁴⁶.

Scheuner⁴⁷ vertritt zur Schulgebetsentscheidung die Ansicht, daß das Gericht in seiner Betonung des "Rechts zum Schweigen" der Tendenz folge, die Religionsausübung in den gottesdienstlichen und häuslichen Raum zurückzudrängen und damit die religiöse Betätigung in ihrer Bekenntnisübung zu beschränken⁴⁸. Der entscheidende Fehlansatz des Urteils liege in der Überbetonung der sogenannten "negativen Religionsfreiheit"⁴⁹. Zu jeder weltanschaulichen

45) Böckenförde, a. a. O., S. 34.

46) Böckenförde, a. a. O., S. 37.

47) U. Scheuner, Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, DÖV 66, 145 ff.

48) Scheuner, a. a. O., S. 151, sieht hierin, soweit die Schule in Frage steht, eine Übernahme des Ergebnisses des Gedankens vom "wall of separation" der amerikanischen Rechtsprechung. Diese Ansicht vertritt ebenfalls Böckenförde, a. a. O., S. 31.

49) Scheuner, a. a. O., S. 152.

Haltung gehöre auch ein Stück Bekennen.

Nach Scheuner hat das sogenannte Recht zum Schweigen "nicht die unbeschränkte Ausdehnung, wie sie ihm der HessStGH gibt, sondern richtet sich nur gegen den Staat und soziale Mächte (Arbeitgeber usw.). Ihm ist Genüge geleistet, wenn kein Zwang, auch keine indirekte Nötigung erfolgt⁴⁹. Daß in einer Nichtkonformität auch ein Bekennen liegen kann, läßt sich ebensowenig vermeiden, wie in der heutigen, säkular gesonnenen Welt unter manchen Umständen schon die religiöse Haltung ein Akt des Bekennens sein kann". Für Scheuner ist dem Gebot der Religionsfreiheit Genüge geleistet, wenn dem Kinde während des Gebets jede mögliche Haltung (Fernbleiben, schweigende Anwesenheit) freigestellt wird. Wolle man dagegen den säkular Denkenden vor jedem indirekten Zwang religiöser Übung schützen, so liefere das auf eine intolerante Aufnötigung seiner Maßstäbe in der Öffentlichkeit hinaus. Ebenso wie der positiven Bekenntnisfreiheit immanente Schranken gezogen sind, unterliege die aus ihr gefolgerte Befugnis, seine Anschauung nicht zu offenbaren, immanenten Schranken. Die Unterscheidung dieser Seiten ist nach Scheuner nicht gerechtfertigt. Daher könne aus dem Recht auf Schweigen nicht die Befugnis hergeleitet werden, die ungestörte Religionsausübung anderer zu behindern⁵⁰.

Schulze⁵¹ hält das Schulgebet für ein Relikt des Staatskirchentums; gleichwohl sei es auch im weltanschaulich-neutralen Staat nicht unzulässig. Dem HessStGH stimmt er insoweit zu, als das Gericht die Auffassung vertritt, daß die Bekenntnisfreiheit nach ihrem Sinn, dem Herkommen und auch dem positiven Verfassungsrecht (Art. 140 GG IV 136 Abs. 3 WRV) das Recht einschließt, seine religiöse Überzeugung zu verschweigen. Um zu klären, ob durch das Bekenntnis der betenden Schüler die negative Bekenntnisfreiheit des Dissidentenschülers tangiert wird, zieht Schulze eine Parallele⁵² zum Recht der Erziehungsberechtigten (oder der religionsmündigen Schüler), über die Teilnahme am Religionsunterricht zu bestimmen oder diesen abzulehnen. "Der Schüler, der dem Religionsunterricht fernbleiben will, wird also gezwungen, seine abweichende Überzeugung Woche für Woche, Jahr für Jahr offen zu bekunden. Hier wird das Recht, die religiöse Überzeugung zu verschweigen, sicher nicht verletzt. Es kann aber juristisch keinen Unterschied machen, daß der Religionsunterricht in der Verfassung "zugelassen"

50) Scheuner, a. a. O., S. 152, 153.

51) Günther Schulze, Blick in die Zeit, MDR 66, 472 ff.

52) Schulze, a. a. O., S. 473.

ist, das Schulgebet dagegen nur gewohnheitsrechtlich gehalten wird⁵³. Die Bekenntnisfreiheit, um die es sich in beiden Fällen handelt, ist unteilbar.

Schulze vertritt daher die Auffassung, daß derjenige, der die höchste Freiheit des Bekenntnisses nicht in Anspruch nehmen will, nicht verlangen kann, daß ihm die Gemeinschaft das bloße Verschweigen des Bekenntnisses unter allen Umständen ermöglicht.

Bei der Durchführung des Schulgebets als einer streng freiwilligen Veranstaltung nach Obermayer⁵⁴ die Schüler in ihrer negativen Bekenntnisfreiheit nicht etwa dadurch verletzt, daß sie unter Umständen gezwungen sind, ihre ablehnende Einstellung zu offenbaren. "Zwar umfaßt die negative Bekenntnisfreiheit das Recht, auch zu verschweigen, daß und was man glaubt oder nicht glaubt. Sie geht aber nicht so weit, daß - auf Kosten der positiven Bekenntnisfreiheit Dritter - niemand in die Lage versetzt werden darf, das religiöse Verhalten anderer (ohne weiterer Erklärung) billigen oder ablehnen zu müssen.

Pirson⁵⁵ dagegen vertritt die Ansicht, daß der HessStGH der negativen Bekenntnisfreiheit im Verhältnis zur positiven Bekenntnisfreiheit kein größeres Gewicht verleihen wollte. Da das Grundrecht auf positive Bekenntnisfreiheit nicht das Recht beinhalte, überall und in jeder Situation beten zu können und sich aus ihr kein Anspruch ergebe, im Rahmen des Schulunterrichts ein Gebet zu sprechen, liegt nach Pirson kein Konflikt zwischen positiver und negativer Bekenntnisfreiheit vor. Beim Urteil des HessStGH handele es sich lediglich um eine Beschränkung der Ausübung der religiösen Handlungsfreiheit in bestimmten Situationen⁵⁶. Pirson stellt aber klar, daß das Urteil nicht eine Regelung verbiete, wonach im Rahmen des Schulunterrichts betwilligen Schülern eine entsprechende Gelegenheit zum Beten eingeräumt wird⁵⁷.

53) Schulze, a. a. O., S. 473; Hofmann, a. a. O., S. 440.

54) Klaus Obermayer, Staatskirchenrecht im Wandel, DÖV 67, 17.

55) Dietrich Pirson, a. a. O., S. 94.

56) Pirson, a. a. O., S. 95.

57) Pirson, a. a. O., S. 94.

c) Die innere Widersprüchlichkeit der Schulgebetsentscheidung.

Abgesehen von den rechtlichen Ausführungen des HessStGH zum "Recht auf Schweigen" und dem Recht, nicht zur Teilnahme an einer religiösen Übung gezwungen zu werden, unterliegt die Entscheidung des Gerichts auch hinsichtlich der Frage Bedenken, ob das vom Dissidentenschüler geltend gemachte und vom Gericht anerkannte Interesse des Dissidentenschülers durch das Urteil eine ausreichende Sicherung erfahren hat. Das Interesse des Dissidentenschülers ist klar. Er will nicht am gemeinsamen Gebet teilnehmen, aber auch nicht dem Gebet fernbleiben müssen, da durch sein Fernbleiben seine abweichende Haltung offenbar werden würde. Dem Interesse des Dissidentenschülers steht das Interesse der anderen Schüler auf ein gemeinsames Gebet gegenüber.

Auf den ersten Blick scheint es, daß das Gericht dem Interesse des Dissidentenschülers den Vorzug eingeräumt habe, denn das Gericht stellt fest, daß das Recht auf ein Gebet in der Schule dann zurückzutreten habe, wenn dadurch ein Schüler gezwungen würde, entweder gegen seinen Willen am Gebet teilzunehmen oder seine abweichende Überzeugung täglich offen zu bekunden, indem er erst nach dem Gebet das Klassenzimmer betritt⁵⁸.

Hiermit ist eindeutig nicht das Schulgebet "an sich" und generell verboten worden; das gemeinsame Gebet wurde aber zu einer freiwilligen Veranstaltung in dem Sinne, daß es bei Widerspruch auch nur eines Schülers zu unterbleiben hat. Die Frage ist nun, ob der Schüler mit dem Urteil in einer besseren Situation ist als zuvor. Da das Schulgebet weiter möglich ist und nur zu unterbleiben hat, wenn ein Schüler der gemeinsamen Veranstaltung widerspricht, sieht sich der Dissidentenschüler vor die Situation gestellt, entweder dem gemeinsamen Gebet zu widersprechen und damit seine abweichende Haltung zu offenbaren, oder nicht zu widersprechen, um seine abweichende Haltung nicht zu offenbaren, wobei er dann aber, wenn er nicht vom Gebet fernbleiben will, weil er auch hierdurch seine abweichende Haltung offenbaren würde, gegen seinen Willen am Gebet "teilnehmen" müßte. Hiermit steht der Dissidentenschüler aber in der gleichen Situation wie vor Erlaß des Urteils, denn auch hier konnte er nur vom Gebet fernbleiben und damit seine abweichende Haltung bekunden oder nicht fernbleiben, um damit seine abweichende Haltung nicht zu offenbaren, wobei er aber dann gegen seinen Willen am Gebet teilnimmt.

58) HessStGH, NJW 66, S. 31, Leitsatz C.

Erkennt man also ein Recht auf ein Schulgebet generell an und beschränkt nur die Ausübung des Gebets auf die Fälle, in denen ein Schüler widerspricht, so zeigt sich, daß dieser Lösungsversuch den Dissidentenschüler keinen Schritt weiterbringt, womit diese Lösung als ungeeignet betrachtet werden muß⁵⁹.

Soll der Dissidentenschüler aus seiner "Zwangslage" wirklich befreit werden, so hätte das Schulgebet generell für unzulässig erklärt werden müssen, denn ist das Schulgebet generell verboten, so ist sowohl das "Recht auf Schweigen" als auch das Recht auf Nichtteilnahme an religiösen Übungen nicht gefährdet; die Konfliktlage kann demnach für den Dissidentenschüler gar nicht entstehen.

Wäre das Gericht konsequent gewesen - die vom HessStGH gegebene Auslegung des Rechts zum Schweigen und des Rechts, nicht zur Teilnahme an einer religiösen Veranstaltung gezwungen zu werden, zeichnet diesen Weg geradezu vor - dann hätte das Gericht nicht entscheiden dürfen: "Das Recht auf ein Gebet in der Schule tritt zurück, wenn dadurch ...", sondern: "Ein Recht auf ein Gebet in der Schule besteht nicht, weil dadurch ein Schüler gezwungen werden kann, entweder gegen seinen Willen am Gebet teilzunehmen oder seine abweichende Meinung täglich offen zu bekunden, indem er erst nach dem Gebet das Klassenzimmer betritt. Da das Gericht aber den von ihm selbst vorgezeichneten Weg nicht eingeschlagen hat, leidet die Entscheidung an einer inneren Widersprüchlichkeit, die den Aussagewert des Urteils zu den beiden im Vordergrund stehenden Rechten erheblich mindert. Aber selbst dann, wenn der HessStGH in strenger Konsequenz zu seiner extensiven Auslegung des Grundrechts, seine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu verschweigen und nicht zur Teilnahme an einer religiösen Übung gezwungen zu werden, das Schulgebet an den Schulen verboten hätte, wäre diese Lösung nicht unproblematisch, denn sie würde dazu führen, daß jegliche religiöse Betätigung an den Schulen zu unterbleiben hätte, um nicht den Anhänger einer abweichenden Überzeugung in die Verlegenheit zu bringen, seine abweichende Haltung kundgeben zu müssen. Die Verbannung der freien Religionsausübung wäre aber

59) Abgesehen davon, wären die pädagogischen Folgen des Urteils, wie Hamel, a. a. O., S. 21, bemerkt, für den widersprechenden Schüler schädlicher, als wenn er vom Gebet aus Überzeugung fernbleiben würde.

nicht nur auf die Schulen beschränkt. Denn, wie Hamel⁶⁰ treffend aufzeigt, kann durch jede öffentliche Religionsausübung, durch Prozessionen auf der Straße, Kirchentage, öffentliche Gottesdienste und kirchliche Begräbnisse jeder Gegner vor die Alternative gestellt werden, entweder sich den Anschein der Teilnahme zu geben oder seine Überzeugung durch sein Verhalten zu manifestieren. "Begegnet ein Dissident unerwartet einer Prozession, so bleibt ihm nur die Wahl, entweder der Monstranz die Ehrerbietung mit der Menge zu bezeugen und damit seine Überzeugung zu verleugnen oder seine Überzeugung durch ein Verhalten zu zeigen, das von der Umgebung auffallend abweicht. Hamel⁶⁰ und Böckenförde⁶¹ ist darin zuzustimmen, daß man, wollte man den Menschen vor solchen Situationen bewahren, jedes Bekenntnis, insbesondere jede Religionsausübung in der Öffentlichkeit und in den öffentlichen Einrichtungen, verbieten müßte,

Allein die Tatsache, daß Art. 4 II GG, Art. 107 II BV die ungestörte Religionsausübung ausdrücklich garantieren, beweist, daß die Auslegung des Rechts zum Schweigen, die die öffentliche Religionsausübung unmöglich werden läßt, unhaltbar ist.

Die Lösung des Interessenkonflikts kann daher nur aus den beiden Äußerungsformen der Bekenntnisfreiheit selbst gewonnen werden, wobei Sinn und Aufgabe der positiven und der negativen Bekenntnisfreiheit zu berücksichtigen sind.

Nicht berücksichtigt werden muß dagegen, daß die private Religionsausübung im anstaltlichen Schulverhältnis vollzogen wird, da die private Religionsausübung im besonderen Gewaltverhältnis der Schule ohne jede Einflußnahme des Staates zu erfolgen hat, damit überhaupt von einer privaten Religionsausübung an der Schule gesprochen werden kann. Jegliche Einflußnahme des Staates auf die Abhaltung und inhaltliche Ausgestaltung des Schulgebets scheitert schon an der dem Staat hierfür mangelnden Kompetenz. Mit einer Ausnahme:

Stellt sich nämlich bei der Prüfung des Rechts zum Schweigen des Dissidentenschülers heraus, daß dieses Recht durch die private Religionsausübung anderer unzulässig eingeschränkt wird, so erwächst dem Staat aus seiner Verpflichtung zum Schutz des verletzten Rechts die Kompetenz zur Ein-

60) Hamel, Schulgebet, a. a. O., S. 20.

61) Böckenförde, a. a. O., S. 32.

flußnahme auf die Abhaltung des Schulgebets. Diese Kompetenz des Staates kann aber die Abwägung der in Konflikt stehenden Interessen selbst nicht beeinflussen.

d) Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung und das Recht zum Schweigen.

Unzweifelhaft umfaßt die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit auch das Recht zum Schweigen⁶². Die Gewährleistung dieses Rechts beruht auf der Erkenntnis, daß die Persönlichkeit schweren Schaden erleiden muß, wenn sie keine rechtlich geschützte Sphäre des Schweigens umgibt, daß dem Ich dort ein Persönlichkeitsverlust zugefügt wird, wo der Offenbarungszwang die Geheimsphäre zerstört⁶³. Diese Erkenntnis war im Laufe der Geschichte oft verschüttet, und es bedurfte erst Zeiten des schrecklichsten Glaubenszwangs, um den Menschen das Bewußtsein von der Bedeutung des Rechts zum Schweigen vor Augen zu führen. Es nimmt daher nicht wunder, daß gerade in den Zeiten des Glaubenszwangs mit der Forderung nach Glaubens- und Gewissensfreiheit unter dem Aspekt des Religionsgeheimnisses die Forderung nach dem religiösen Schweigerecht verbunden war⁶⁴. Der Verzicht des Staates, die geheimsten Gedanken des Menschen auszuforschen, der Verzicht, die abweichende religiöse Auffassung an das Licht der Öffentlichkeit zu zerren, stellt sich geradezu als erste Stufe auf dem Wege zur Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit dar. Historisch betrachtet war es zuerst die Schweigefreiheit, die sich die Menschheit als Glaubens- und Gewissensfreiheit erkämpft hatte. Grundlage der Anerkennung der Schweigefreiheit bildete die Erkenntnis der Reformatoren, daß der Glaube allein ein Werk des Geistes Gottes ist, daß kein Mensch dem anderen ins Herz schauen kann, und daß der Zwang ein ungeeignetes Mittel ist, das Herz zu bekehren. Hieraus folgerten die Reformatoren, daß in Gewissensfragen (pro foro interno) eine iurisdictio ausgeschlossen sei, und daß der Irrglaube als solcher nicht mit weltlichen Strafen verfolgt werden könne⁶⁵.

62) Vgl. Hamann, Art. 4 GG B 3; Hamel, Grundrechte, S. 58 ff; Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4; Heinrich J. Scholler, Die Freiheit des Gewissens (1958), S. 134.

63) Scholler, a. a. O., S. 135.

64) Scholler, a. a. O., S. 132.

65) Vgl. Hamel, Grundrechte, S. 39.

Hierin aber liegt zugleich das Recht zum Schweigen begründet, denn das Verbot, mit weltlichem Zwang in das forum internum einzugreifen, sicherte dem Individuum die Möglichkeit, seine religiöse Überzeugung vor der Öffentlichkeit zu verbergen. Ausdruck hierfür ist auch die Tatsache, daß für die Reformatoren nicht mehr der Irrglaube als solcher, sondern nur noch die Verbreitung des Irrglaubens mit weltlichen Strafen verfolgt werden durfte, da der Staat nur solange, als er das innere des Menschen mit weltlichem Zwang ausforschen durfte, die Strafsanktion an den Irrglauben selbst anknüpfen konnte.

Die Beschränkung der Strafe auf das Verbreiten des Irrglaubens sicherte zudem erst die Freiheit des Schweigens in ausreichendem Maße, da die Beschränkung der Bestrafung auf das leicht nachweisbare Verbreiten des Irrglaubens den Staat davon entband, einen nicht geäußerten Irrglauben mit Zwangsmitteln aufzuspüren.

Seither gehört die Erkenntnis, daß die Offenbarung der Überzeugung nicht erzwungen werden darf, zum Wesensgehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit, wobei man erst in neuerer Zeit dazu überging, das Recht zum Schweigen ausdrücklich zu garantieren⁶⁶.

Aber auch die Bekenntnisfreiheit wurzelt im Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Sie vollendet das Recht, seine Überzeugung zu verschweigen, indem sie das Ausbrechen des Menschen aus dem geschützten Bereich des Schweigens um seiner Überzeugung willen gewährleistet. Die Bekenntnisfreiheit folgt aus der Anerkennung der Tatsache, daß das Recht, seine Überzeugung zu verschweigen, der Überzeugung wegen selbst gefährdet ist. Sie mußte zum Recht erstarken, weil, wie Tertullian schon erklärte, derjenige, der die Wahrheit erkannt hat, nicht anders kann, als ihr anzuhaften⁶⁷.

66) Vgl. Art. V § 144 der Reichsverfassung von 1849; dagegen führt die preußische Verfassung das Schweigerecht noch nicht ausdrücklich auf, obwohl auch dieses Recht schon unstreitig gegolten hat. Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., Art. 136, Nr. 4, S. 626.

67) Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, Bd. II, S. 379; Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1885, Scientia Verlag Aalen 1965.

Sowohl die positive als auch die negative Bekenntnisfreiheit sind Ausformungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit, beide schützen den Menschen und seine Überzeugung⁶⁸. Das Recht zum Schweigen verhindert, daß die Überzeugung des Menschen an das Licht der Öffentlichkeit gezerrt wird, schützt daher vor allem die freie Entscheidung des Menschen darüber, ob er seine Überzeugung offenbaren will; die positive Bekenntnisfreiheit schützt den Menschen für den Fall, daß er seine Überzeugung gewollt oder ungewollt der Öffentlichkeit preisgeben muß.

e) Das Recht zum Schweigen wird durch die Religionsausübung nicht eingeschränkt.

Nun ist es aber Tatsache, daß das freie Bekenntnis des einen den anderen nötigen kann, sein Schweigendürfen um seiner Überzeugung willen zu durchbrechen und seine abweichende Überzeugung zu offenbaren. Der Dissident, der unerwartet einer Prozession begegnet, kann um seiner Überzeugung willen gezwungen sein, seine abweichende Meinung dadurch zu bekennen, daß er der Monstranz die Ehrerbietung mit der Menge nicht bezeugt. Hierin liegt aber noch keine Verletzung des Rechts, seine Überzeugung zu verschweigen, denn nicht das Bekenntnis des anderen zwingt den Dissidenten, seine Überzeugung zu offenbaren, sondern seine eigene Überzeugung zwingt ihn, seine Überzeugung nicht zu verschweigen, damit diese zu bekunden. Derjenige, der seine Überzeugung um seiner Überzeugung willen offenbart hat die Freiheit der Entscheidung, ob er seine Überzeugung anlässlich eines anderen Bekenntnisses offenbaren will oder nicht. Auf diese Entscheidung wirkt das religiöse Bekenntnis des Dritten nicht ein, sondern löst die Entscheidung nur aus⁶⁹. Eine Einschränkung des Rechts, seine Überzeugung zu verschweigen, liegt daher gar nicht vor.

68) Treffend nennt Arndt (Erfülltes und unerfülltes Grundgesetz, Loccumer Protokolle 1966, Nr. 5, S. 94) positive und negative Bekenntnisfreiheit die beiden Seiten ein und derselben Medaille; vgl. auch Böckenförde, a. a. O., S. 33.

69) Die "Unbequemlichkeit", sich entscheiden zu müssen, nimmt die Verfassung dem Menschen nicht ab. Dies kann und darf sie nicht, wenn sie den Menschen als freie sittliche Persönlichkeit, als ein zur Selbstbestimmung fähiges Wesen begreift. Die Grundrechte haben nicht die Funktion eines alle mitmenschliche Einflüsse abschirmenden Glashauses. Sie gewährleisten aber, daß der einzelne trotz der mitmenschlichen Einflüsse als freie, zur Selbstbestimmung fähige Persönlichkeit leben kann. Des-

Das Bekenntnis, insbesondere die Religionsausübung, sind daher für andere kein unzulässiger "Zwang", die eigene Überzeugung zu offenbaren⁷⁰. Somit dürfen die Kinder in der Schule gemeinsam beten, selbst wenn dadurch ein Dissidentenschüler durch seine Überzeugung veranlaßt wird, dem gemeinsamen Gebet fernzubleiben.

f) Können die betwilligen Kinder staatlicherseits auf ein stilles Gebet verwiesen werden ?

Von Gallwas⁷¹ ist der Vorschlag gemacht worden, den Unterricht mit einigen Minuten des Schweigens zu beginnen. Dieser Vorschlag hat den Vorzug, daß dabei die betwilligen Kinder still beten können und die Dissidentenschüler dennoch nicht veranlaßt werden, ihre abweichende Überzeugung zu bekunden. Wie sich auch aus einer Untersuchung über das Gebet in den Volksschulen Bayerns ergibt, kennen und üben 20 von 200 befragten Lehrern diese Form des stillen Gebets⁷².

Dieser Vorschlag kann aber aus zwei Gründen staatlicherseits nicht verwirklicht werden. Zum einen, weil dem Staat grundsätzlich jegliche Kompetenz zur Einflußnahme auf die Gestaltung der Religionsausübung der Schüler fehlt und der Staat damit weder beurteilen noch bestimmen kann, ob das Bekenntnis den Schülern gebietet, ihr schulisches Tagwerk mit einem stillen oder offenen Gebet zu beginnen⁷³. Zum anderen, weil der Dissidentenschüler keinen Anspruch darauf hat, daß die offene Religionsausübung unterbleibt, da diese ihn in seinem Recht zum Schweigen nicht verletzt.

Fortsetzg. Fußnote 69) von S. 109:

halb schließt das Recht zum Schweigen alle, aber auch diejenigen Einflußnahmen aus, die mit der Achtung des Menschen als einer zu selbständiger Glaubensentscheidung berufenen Persönlichkeit unvereinbar sind; vgl. Hamel, NJW 66, S. 20; Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdnr. 39.

70) Hamel, Schulgebet, a.a.O., S. 21.

71) Gallwas, a.a.O., S. 124.

72) Marialuise Morgott, Das Gebet in den Volksschulen Bayerns, phil. Dissertation, München 1961, S. 85.

73) Hamel, Schulgebet, a.a.O., S. 19.

3. Durchführung des privaten Schulgebets.

Bei der Durchführung des Gebets ist entscheidend, daß das Schulgebet nur als private, freiwillige Veranstaltung in der Schule möglich ist, d.h. der Anstoß zum Gebet hat von den Eltern auszugehen. Ob hierfür aber eine ausdrückliche Erklärung der Eltern zu fordern ist, kann nicht für alle Schulen gleichmäßig beantwortet werden.

a) in der Bekenntnisschule mit bekenntnishomogener Schülerschaft.

Nicht erforderlich ist eine ausdrückliche Erklärung der Eltern, daß ihre Kinder am gemeinsamen Gebet in der Schule teilnehmen wollen in solchen Bekenntnisschulen, in denen eine bekenntnishomogene Schülerschaft vorhanden ist. In ihr ist der gesamte Unterricht auf der Grundlage und im Einklang mit den Glaubenssätzen und der Dogmatik desjenigen Bekenntnisses zu erteilen, für dessen Angehörige die betreffende Schule eingerichtet ist⁷⁴. Von der Aufgabenstellung dieser Schulart ist daher ein gemeinsames Gebet als Bestandteil der schulischen Gesamterziehung mit eingeschlossen.

Da der Staat durch die Bereitstellung des rechtlich organisatorischen Wirkrahmens der Bekenntnisschule sowohl den Interessen der Religionsgemeinschaften, daß die ihrem Bekenntnis angehörende Jugend nach den Grundsätzen ihres Bekenntnisses unterrichtet und erzogen wird, als auch den Interessen der Eltern, die ihre Kinder nach den Richtlinien ihrer Kirche unterrichten und erziehen lassen wollen, Rechnung trägt⁷⁵, und da weiterhin die Wahl dieser Schulart den Eltern überlassen bleibt, spricht, wenn die Eltern ihre Kinder auf diese Schule schicken, die Vermutung dafür, daß die Eltern ihre Kinder auch am gemeinsamen Gebet teilnehmen lassen wollen.

Die Grenzen der Funktion des Lehrers beim Gebet in der materiellen Bekenntnisschule ergeben sich aus dem Wesen des Gebets als einem religiösen Akt. Obwohl Teil der religiösen Erziehung, muß sich der Lehrer von seiner Autoritätsstellung lösen und darauf beschränken, den Kindern Hilfen zu

74) Vgl. BayVerfGH, BayVBl 67, 202; Art. 8 Abs. 2 VoSchG, BverfGE 6, 339.

75) BayVerfGH, BayVBl 67, 203.

gewähren⁷⁶. "Je mehr es ihm während des Schulgebets gelingt, in äußerer Haltung und innerem Sein einer seiner Klasse, als der Seinsollenden zu werden, desto mehr ist das erreicht, was im Schulgebet als einem religiösen Akt verwirklicht werden kann und was im Aspekt auf die Kinder, die es vollziehen, und damit Gebet erfahren sollen, angestrebt wird"⁷⁷.

Obwohl das Gebet in den materiellen Bekenntnisschulen zum Bestandteil des schulischen Unterrichts zu rechnen ist, besteht für die Kinder keine Verpflichtung zur Teilnahme. Genauso, wie es den Eltern auch an den Bekenntnisschulen freisteht, ihre Kinder vom Religionsunterricht fernzuhalten, steht es den Eltern frei, über die Teilnahme ihrer Kinder am gemeinsamen Gebet zu bestimmen. Wünschen die Eltern, daß ihre Kinder - entgegen der sich aus der Anmeldung an der Schule ergebenden Vermutung - nicht am Gebet teilnehmen, so genügt die Erklärung der Eltern gegenüber dem Lehrer, daß ihre Kinder am Gebet nicht mehr teilzunehmen brauchen. Diese Erklärung bedarf keiner Begründung, und ihre Abgabe ist nicht an bestimmte Termine gebunden.

b) in der Bekenntnisschule mit bekenntnisheterogener Schülerschaft.

Ob auch an den Bekenntnisschulen mit bekenntnismäßig gemischter Schülerschaft eine Vermutung für den Willen der Eltern zur Teilnahme ihrer Kinder am gemeinsamen Gebet vorliegt, mit der Folge, daß die Eltern ihren Wunsch nach Teilnahme nicht ausdrücklich zu erklären brauchen, ist zweifelhaft.

Die Vermutung bestünde einwandfrei nur dann, wenn sich durch die Aufnahme bekenntnisfremder Schüler in die materielle Bekenntnisschule am Erziehungsziel dieser Schule nichts ändern würde. Hierfür spricht Art. 8, Abs. 3 VoSchG, worin bestimmt wird, daß die Aufnahme von Schülern anderer Bekenntnisse am Charakter der Bekenntnisschule nichts ändere.

76) Dies kann darin bestehen, daß er die Schüler zur angemessenen Haltung beim Beten führt, zum rechten Verstehen des Gebets anleitet, formulierte Gebete anbietet und schließlich den Kindern auch im selbständigen Beten nach Möglichkeit weiterhilft; vgl. hierzu Renate Bosse, Das Gebet in der Schule, Arbeiten zur Pädagogik/6, Stuttgart 1966, S. 51.
77) Morgott, a. a. O., S. 67.

Der BayVerfGH hat aber in seiner Entscheidung vom 20. März 1967, Vf. 109-VIII-66, erklärt⁷⁸, daß Art. 135 Abs. 2 BV uneingeschränkt nur noch für bekenntniseinheitliche Schulen gelte. "Er darf nicht dahin verstanden werden, daß in Schulklassen, die auch von Schülern der Bekenntnisminderheit⁷⁹ besucht werden, Unterricht und Erziehung nach den Grundsätzen des Bekenntnisses der Mehrheit gestaltet werden".

In Übereinstimmung mit Grundmann⁸⁰ stellt das Gericht fest, daß bekenntnisfremden Schülern die Aufnahme in eine Bekenntnisschule des anderen Bekenntnisses nicht verweigert werden könne, da es nicht angehe, den der konfessionellen Minderheit angehörenden Schülern - gegliederte - Bekenntnisschulen der Bekenntnismehrheit zu verschließen und sie auf - ungegliederte oder weniger gegliederte - Zwergschulen zu verweisen. Ebenso sei es aber auch nicht angängig, die Schüler auf örtlich entfernte - gegliederte - Schulen ihres Bekenntnisses zu verweisen, deren Besuch mit Erschwerungen und Gefahren verbunden wäre⁸¹.

78) BayVerfGH, BayVBl 67, 201 ff.

79) Nach der vom Gericht zitierten Feststellung des Bayer. Senats standen am 1. 10. 1964 "2. 176 bekenntnishomogene Schulen beider Konfessionen 4. 428 Bekenntnisschulen mit Bekenntnisminderheiten gegenüber". Nach den von Grundmann, Landschulreform und Bekenntnisschule, BayVBl 66, 37, angegebenen Zahlen besuchten mangels einer eigenen Bekenntnisschule 29. 000 evangelische Schüler katholische Bekenntnisschulen und umgekehrt 15. 000 röm. -katholische Schüler evangelische Bekenntnisschulen.

80) Grundmann, Landschulreform und Bekenntnisschule, BayVBl 66, 40, 41.

81) BayVerfGH, BayVBl 67, 202; a.A. noch BayVerfGH, Entsch. v. 16. 10. 59; VGH nF 12 II 152 ff, Leitsatz 2; "Mit dem Sinn und Zweck der Bekenntnisschule ist es grundsätzlich nicht zu vereinbaren, daß Kinder des anderen Bekenntnisses aufgenommen werden, und zwar auch dann nicht, wenn ihnen dadurch die Möglichkeit versagt wird, eine ausgebaut Volksschule zu besuchen und sie mit einer ungeteilten oder nur teilweise ausgebauten Volksschule sich begnügen müssen".

Kann demnach die Aufnahme bekenntnisfremder Kinder in Bekenntnisschulen eines anderen Bekenntnisses nicht verweigert werden, so darf die Aufnahme dennoch nicht dazu führen, daß die Kinder entgegen dem Willen der Eltern nach den Grundsätzen eines anderen Bekenntnisses unterrichtet und erzogen werden, "denn darin läge ein klarer Verstoß gegen den Art. 107 Abs. 1 BV, der die Glaubens- und Gewissensfreiheit verbürgt und zu den elementaren Grundsätzen der Verfassung zählt"⁸². Der übergeordnete Grundsatz der Glaubens- und Gewissensfreiheit gebietet es vielmehr, daß in Schulklassen, denen Schüler der Bekenntnisminderheit angehören, bei Erziehung und Unterricht die Besonderheiten des Bekenntnisses der Mehrheit zurücktreten müssen. Die Schüler sind in solchen gemischten Klassen auf der Grundlage des den beiden Bekenntnissen Gemeinsamen zu unterrichten und zu erziehen"⁸³.

Da nach Auffassung des Gerichts die Erziehung der Schüler in bekenntnis-mäßig gemischten Klassen nicht mehr auf Grundlage und im Einklang mit den Glaubenssätzen und der Dogmatik desjenigen Bekenntnisses, für dessen Angehörige die Schule errichtet ist, erfolgen kann, darf aus der von den Eltern getroffenen Wahl der Schulart nicht mehr auf ihren Willen auf Teilnahme an einem Gebet geschlossen werden. Die Einschreibung des Schülers in eine konfessionell gemischte Bekenntnisschule bietet daher keine ausreichende Grundlage für die Annahme der Vermutung, daß die Eltern die Teilnahme des Kindes an einem gemeinsamen Gebet wünschen.

Dies hat zur Folge, daß die Erziehungsberechtigten ihren Willen auf ein Schulgebet ausdrücklich bekunden müssen. Auf die Bildung dieser Entscheidung darf von der Schule her keinerlei Einfluß ausgeübt werden.

82) BayVerfGH, BayVBl 67, 203; ebenso Hamel, Grundrechte, a.a.O., S. 89; Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdnr. 27; Grundmann, a.a.O., S. 38; Demgegenüber hält es das BVerfG für verfassungsgemäß, wenn "Eltern unter Umständen genötigt sind, ihre Kinder einer Schule anzuvertrauen, die in ihrer weltanschaulichen Gestaltung den Wünschen der Eltern nicht entspricht". BVerfGE 6, 340; Der Auffassung des BVerfG folgend, sieht auch Peters, a.a.O., S. 409, Fußnote 131, hierin keinen Verstoß gegen die Gewissensfreiheit, da solche Einzelfälle eine notwendige Folge von Schulpflicht und Schulzwang bei weltanschaulicher Orientierung der Volksschulen sind.

83) BayVerfGH, BayVBl 67, 203; Hamel, Grundrechte, S. 90; Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdnr. 27.

Da die Verpflichtung des Art. 136 Abs. 1 BV, an allen Schulen beim Unterricht die religiösen Empfindungen aller zu achten, auch und vor allem den Lehrer betrifft, ist der Lehrer verpflichtet, die Entscheidung der Erziehungsberechtigten hinsichtlich des Gebets anzuerkennen und hinzunehmen⁸⁴.

Wird von den Erziehungsberechtigten der Wunsch nach einem Schulgebet vorgetragen, so ergeben sich hierbei folgende Möglichkeiten:

- 1) Es besteht ein übereinstimmender Wunsch aller Eltern, daß ihre Kinder in der Schule beten.
Wobei
 - a) der Wunsch der Eltern auf gemeinsames, interdenominationelles Gebet gerichtet ist;
 - b) der Wunsch der Eltern übereinstimmend darauf gerichtet ist, daß ihre Kinder nur an bekenntnisgebundenen Gebeten teilnehmen;
- 2) nur eine Gruppe von Erziehungsberechtigten wünscht, daß ihre Kinder beten, wobei diese Gruppe bekenntnishomogen oder bekenntnisheterogen sein kann.

Bei der Durchführung des Gebets treten, wenn alle Eltern übereinstimmend ein gemeinsames, interdenominationelles Gebet wünschen, rechtlich keine Schwierigkeiten auf. Insbesondere kann nicht eingewendet werden, daß die Bestimmung des gemeinsamen Gebetsinhalts eine Verwässerung des einzelnen

84) Eine gefährliche Verkennung des Toleranzgebotes und der dem Lehrer zukommenden Aufgabe bei der Erziehung der Kinder verschiedenster religiöser und weltanschaulicher Bekenntnisse zeigen die von Renate Bosse (Das Gebet in der Schule, Arbeiten zur Pädagogik/6, Stuttgart 1966, S. 48) geäußerten Ansichten zu den Schwierigkeiten des Schulgebets im Zusammenhang mit dem Elternhaus. Bosse geht von der Erfahrung aus, daß der Lehrer die Kinder dort, wo die Eltern dem Schulgebet ablehnend gegenüberstehen, nur noch mit größter Mühe erreichen kann. "Das liegt einfach daran, daß die Kinder in erster Linie ins Elternhaus gehören. Das Kind ist abhängig von den Eltern, sie sind die Menschen, die sein Leben bestimmen und erhalten. Wenn diese Menschen nun der Wahrheit Gottes gegenüber gleichgültig oder gar feindlich sind, wird das Kind nur sehr schwer Zugang dazu finden". Bosse begnügt sich nun nicht mit der Anerkennung der Tatsache, daß die Eltern der Wahrheit Gottes

Glaubens bis auf den Punkt bedeutet, wo gemeinsame Grundlagen erscheinen; denn selbst, wenn dies der Fall wäre, könnten gegen das so gewonnene interdenominationelle Schulgebet keine rechtlichen Bedenken erhoben werden, da der Inhalt des Gebets vom übereinstimmenden Willen aller Eltern getragen wird.

Sind dagegen die Eltern z. B. der Ansicht, daß es ein Christentum schlechthin nicht gebe, sondern den christlichen Glauben allein in Konfessionen⁸⁵, und vertreten die Erziehungsberechtigten deshalb übereinstimmend die Ansicht, daß ihre Kinder in der Schule zwar beten sollen, aber nur auf der Grundlage und im Einklang mit ihrer bekenntnisgebundenen Überzeugung, so hat ein gemeinsames, interdenominationelles Gebet in der Schule auszuschneiden, da es der übereinstimmenden Entscheidung der Eltern widerspricht.

Die Lösung der "Konfliktlage" kann nun nicht darin gefunden werden, daß weil keine Einigung über den Inhalt des Gebets gefunden wurde, jede Gruppe auf ihr Recht zur Religionsausübung in der Schule zu verzichten habe. Ebenso wäre es verfehlt, wollte man nur einer Gruppe, etwa der Mehrheit, oder der Gruppe, für die die Bekenntnisschule ursprünglich bestimmt war, das Recht zum Beten zugestehen. Beide Lösungen werden den Forderungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht gerecht und widersprechen zudem dem Toleranzgebot, das über Art. 131 II BV und 136 Abs. 1 BV ausdrücklich Eingang in die Schule gefunden hat. Da das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung beiden Gruppen gleichermaßen zur Seite steht und weder die Religionsausübung der Mehrheit die Minderheit in ihrem Recht auf freie Religionsausübung verletzt, noch umgekehrt, können beide Rechte uneingeschränkt nebeneinander ausgeübt werden. Den Interessen der beiden betwilligen Gruppen kann demnach dadurch ausreichend Rechnung getragen werden, daß beiden Gelegenheiten zum Beten gewährt wird.

Fortsetzg. Fußnote 84) von Seite 115:

gegenüber gleichgültig oder feindlich eingestellt sind und darum das Schulgebet ablehnen; gerade hier liegt für Bosse die Aufgabe des Lehrers: "Wo er das Beten wirklich ernst nimmt, betend lebt, kann das Gebet in der Schule für den fehlenden Glauben der Eltern eintreten".

85) Vgl. Adolf Arndt, Aufgaben und Grenzen der Staatsgewalt im Bereich der Schulbildung, in: Schule und Staat 1959 (= Studien und Berichte der Kath. Akademie in Bayern, Heft 9), S. 79.

Dieser Lösung steht nicht das die Schule beherrschende Toleranzgebot entgegen, denn dieses fordert gerade nicht die Verleugnung jeglicher Überzeugung⁸⁶. Versteht man unter Toleranz das Hinnehmen von Auffassungen und Entscheidungen, und zwar in der Weise, daß wir der Person die gleiche Achtung entgegenbringen, als wenn sie anders gedacht oder gehandelt hätte⁸⁷, begreift die Toleranz das positive Element des Respekts und der Anerkennung des Andersgesinnten in sich⁸⁸, so beinhaltet der Toleranzgedanke zugleich das Recht eines jeden, seine abweichende Meinung zu bekunden. Denn nur dort, wo unterschiedliche Überzeugungen geäußert werden, kann der abweichenden Haltung des Andersgesinnten Achtung entgegengebracht werden, kann erst die Frage der Toleranz gestellt werden.

Erklärt sich nur ein Teil der Erziehungsberechtigten für die Veranstaltung eines täglichen Gebets in der Schule, so kann das Gebet trotzdem stattfinden. Eine Verletzung des Rechts zum Schweigen der übrigen Kinder tritt durch das Schulgebet nicht ein. Ihrem Recht, nicht zur Teilnahme an einer religiösen Übung gezwungen zu werden, ist Genüge getan, wenn die Schüler der Veranstaltung fernbleiben dürfen⁸⁹. Genauso wie die betwillige Gruppe aus dem Toleranzgebot verpflichtet ist, die Entscheidung der übrigen Schüler gegen das Gebet anzuerkennen und zu respektieren, sind diese vom Toleranzgebot her gehalten, die Entscheidung der betwilligen Gruppe anzuerkennen und hinzunehmen.

Die Erklärung der Erziehungsberechtigten bezüglich des Schulgebets ist jederzeit und ohne jede Begründung frei widerruflich.

c) in der Gemeinschaftsschule.

Da in den Gemeinschaftsschulen ebenfalls Kinder verschiedener Konfessionen zusammen unterrichtet werden und demnach hier die gleichen Probleme bezüglich des Schulgebets auftreten, finden die zur konfessionell gemischten Bekenntnisschule getroffenen Aussagen auch auf die Gemeinschaftsschule Anwendung.

86) Scheuner, Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, DÖV 66, 153.

87) Vgl. Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdnr. 2.

88) BayVerfG, BayVBl 67, 203; vgl. auch Rudolf Hofmann, Toleranz, in: Staatslexikon, Bd. 7, Freiburg 1962, S. 1009.

89) Scheuner, a. a. O., S. 153.

Auch an der Gemeinschaftsschule bedarf das Schulgebet als eine private Veranstaltung der ausdrücklichen Erklärung der Erziehungsberechtigten. Die Veranstaltung des Schulgebets wird aber nicht dadurch gehindert, daß ein Teil oder die Mehrzahl der Schüler dem Gebet ablehnend gegenüberstehen, da das Recht der Schüler auf freie Religionsausübung in der Schule das Recht zum Schweigen der übrigen Schüler nicht beeinträchtigt.

III. Zusammenfassung.

Als Ergebnis läßt sich daher zusammenfassend feststellen:

1. Dem Staat fehlt jegliche Kompetenz zur Anordnung oder inhaltlichen Bestimmung eines Schulgebets.
2. Die staatliche Neutralität schließt aber nicht aus, daß an den staatlichen Schulen Schulgebete als private, freiwillige Veranstaltungen der Schüler stattfinden.
3. Das Recht der betwilligen Schüler auf ein Schulgebet wird insbesondere nicht durch das Recht zum Schweigen der übrigen Schüler eingeschränkt.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 27. 8. 1941 in Judenburg/Steiermark geboren. Ab Herbst 1947 besuchte ich die Volksschule, ab 1952 die Ludwigs-Oberrealschule in München. Nach der Reifeprüfung 1961 begann ich im Wintersemester 1961/62 mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Nach acht Semestern legte ich dort die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit Februar 1966 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare im Oberlandesgerichtsbezirk München.

